CARLO MANENTI
Professore ordinario d' Istituzioni di Diritto Romano
nella R. Università di Genova

IUS EX SCRIPTO E IUS EX NON SCRIPTO

**Osservazioni critiche sulla teoria delle fonti
secondo il diritto romano.**

TORINO
FRATELLI BOCCA, EDITORI
Librai di S. M. il Re d' Italia
Via Carlo Alberto N.° 3.

ROMA — Via del Corso 216-217
MILANO — Corso Vittorio Emanuele 21
FIRENZE — P. Lumachi Success.

Depositario generale per la Sicilia: ***Orazio Fiorenza,*** PALERMO.

1905.

All'illustre romanista Hofrat prof. dott. Fr. Eisele omaggio dell'autore Siena, 26, IV, 1906.

CARLO MANENTI

Professore ordinario d' Istituzioni di Diritto Romano nella R. Università di Genova

IUS EX SCRIPTO E IUS EX NON SCRIPTO

Osservazioni critiche sulla teoria delle fonti secondo il diritto romano.

TORINO

FRATELLI BOCCA, EDITORI

Librai di S. M. il Re d' Italia

Via Carlo Alberto N.° 3.

ROMA Via del Corso 216-217 — MILANO Corso Vittorio Emanuele 21 — FIRENZE P. Lumachi Success.

Depositario generale per la Sicilia: ***Orazio Fiorenza,*** PALERMO.

1905.

Estratto dagli *Studi Senesi* in onore di Luigi Moriani

Siena, Stabilimento Tipografico Carlo Nava

IUS EX SCRIPTO E IUS EX NON SCRIPTO

Osservazioni critiche sulla teoria delle fonti secondo il diritto romano.

Nescio quomodo, nihil tam absurde dici potest,
quod non dicatur ab aliquo philosophorum.
CICER. *de divinat.* II, 59, 119.

I. — Dopo tanto accumularsi di scienza e di sapienza umana in fatto di diritto, dopo tanto dibattito, dopo che su questo campo, se non anche più che in qualche altro, come ad esempio nel puramente filosofico, nel religioso e nel politico, certamente però con quella più larga base di positività che la natura dell'argomento, della materia prima somministrano, si sbizzarrirono in tutti i sensi le più potenti, come le più scapigliate e più meschine fantasie dei filosofi generici e di quelli del diritto, di tanti di quelli stessi filosofi che da Aristotile e Platone sino ai più moderni quali il Kant, il Hegel, il Vico e molti altri simili in campi dell'umano pensiero affini a questo nostro portarono rivoluzioni prodigiose o resipiscenze salutari, può sembrare sconfortante, inverosimile la constatazione che ancora non sia stata detta l'ultima parola sull'argomento, pure in apparenza così modesto, a cui è dedicato questo nostro modesto lavoro: sull'argomento cioè delle fonti del diritto positivo in genere e di quelle del diritto romano in ispecie.

Ed affinchè non si creda che a dire ciò noi siamo portati da eccessivo pessimismo, preferiamo fare tale constatazione con le parole di uno dei più grandi ed eruditi romanisti del secolo XIX, il quale, pur essendone parte notevole, vide

il culminare della scienza romanistica e come frutto preziosissimo di essa il conseguente pullulare rigoglioso, pur poco prima iniziato, delle codificazioni moderne.

Dice il PUCHTA (1) (poichè è di lui che intendiamo parlare) anche per i suoi speciali studi su « Le singole fonti del diritto » quanto altri mai autorevole in questa materia, che « la nascita (Entstehung) del diritto dallo spirito (Geist) del popolo è invisibile. Chi si assumerebbe di seguire le vie, per le quali in un popolo una convinzione sorge, germina, cresce, si evolve, si estrinseca? *Coloro che vi si sono accinti, sono partiti per lo più da concetti sbagliati* ».

« Ciò che per noi è visibile è soltanto il nato stesso (das Geborene), ossia il diritto dopo che esso è uscito ed è divenuto effettivamente esistente. Esso può nel suo nascere assumere una triplice forma: 1° come immediata convinzione dei membri del popolo, la quale si rivela nei loro atti; 2° come legge; 3° come prodotto di una deduzione scientifica. — Gli organi che dànno al diritto questa sua forma visibile diconsi *fonti* del diritto (Rechtsquellen). Esse sono: la immediata convinzione del popolo (die unmittelbare Volksüberzeugung), la legislazione, la scienza del diritto (die Rechtswissenschaft) ».

Il WINDSCHEID (2) invece, rispecchiando in ciò, com' egli sa fare, con grande efficacia e precisione l' opinione quasi universalmente dominante, dice che « l' ultima fonte d' ogni diritto positivo è la ragione dei popoli (Vernunft der Völker); come per il singolo, così per i popoli la loro ragione è in ultima istanza la misura delle cose. La ragione giuridica dei popoli può però fondare (begründen) il diritto in doppio modo: mediatamente ed immediatamente. Mediatamente, come per mezzo di delegazione, essa fonda il diritto

(1) *Instit.* (ediz. XI curata da P. KRUEGER). Lipsia 1881, § XII, pag. 18.

(2) PANDEKTEN (V. Ediz.) Vol. I, § 15, pag. 42 seg., con il quale, a quanto pare, perfettamente concordano anche i suoi valorosi traduttori e annotatori proff. C. FADDA e P. E. BENSA, *Trattato delle Pandette di B. Windscheid* tradotto etc. Torino, Unione Tipogr. Edit. 1902, vol. I, § 15, pag. 50-51, imperocchè essi su questo punto non hanno aggiunto nessuna di quelle loro note così piene di acume giuridico e di dottrina.

nella legislazione. Immediatamente essa fonda il diritto per mezzo dell' uso ». Egli però si affretta ad aggiungere in nota 1ª, che « ciò non è meno vero per il fatto che la ragione (die Vernunft) del singolo come dei popoli nel caso dato può essere una ragione cattiva (im gegebenen Fall eine schlechte Vernunft sein kann) ».

E così l' illustre pandettista tedesco, come del resto quasi tutti gli scrittori che comunque hanno trattato questo argomento, entra, come suol dirsi, in carreggiata; la maggior parte delle difficoltà viene in tal modo ad essere cansata e la teoria delle fonti è fatta e ridotta in una specie di pillola molto facile a tirare giù, nel famoso binomio legge e consuetudine o diritto scritto e diritto non scritto.

Con la stessa disinvoltura si girano poi a loro luogo le difficoltà che tornano a galla, quando si tratta di determinare la natura della consuetudine e la ragione della sua forza obbligatoria.

Per lo più queste difficoltà, che non altro sono che quelle medesime che si era creduto di avere evitate col ridurre le fonti del diritto a quelle due figure tipiche: legge e consuetudine, assumono invece l' aspetto di essere del tutto particolari alla determinazione dell' essenza della consuetudine.

II. — A mio credere però, a riguardo della teoria delle fonti del diritto avviene precisamente quello stesso fenomeno che si deplora pur troppo a riguardo di moltissimi altri concetti scientifici, in ogni ramo dello scibile. E, cioè, che quella che dovrebbe essere la rappresentazione di un fenomeno complesso, in parte anche, come in proposito ha detto il Puchta, inafferrabile, per l' imprescindibile bisogno dell' intelletto nostro di sintetizzare, di categorizzare e di enucleare, mediante un processo che insieme consiste nell' accentuazione e colorimento degli elementi che sono o che ci sembrano più importanti e nella obliterazione di altri, colla inevitabile preterizione di tutti quelli che per una qualsiasi ragione ci sfuggono, viene ad essere ridotta ad una o più formule molto semplici ed astratte, ma che solo ben poco corrispondono alla realtà.

Avviene, cioè, che di una realtà complicata tutta ombre, tutta sfumature e mezze tinte, dai contorni indeterminati si dia una rappresentazione in grande parte convenzionale ed artificiosa a contorni nettamente decisi, una specie cioè di figura geometrica, senza curve, senza ombre e senza mezze tinte.

In altre parole le definizioni scientifiche, che naturalmente sono sempre il resultato di un processo di astrazione e di enucleazione, il quale anche per il solo fatto del continuo passaggio di quelle da un cervello all' altro tende continuamente ad intensificarsi, finiscono per darci di quella realtà, dalla quale per tale via si andarono mano mano allontanando, una rappresentazione così semplicizzata e così convenzionalmente astratta, che può dirsi che esse ce la raffigurino con quella stessa poca somiglianza che corre tra le immagini stilizzate della fauna e della flora araldica e gli animali e le piante o fiori che esse simboleggiano.

Ed è a mio parere proprio per una specie di tale stilizzazione dei concetti ad esse corrispondenti, che le varie forme di scaturigine del diritto sono state ridotte alle sole due tipiche: legge e consuetudine.

Si è definita con facilità la legge in contrapposto alla consuetudine; nè ciò dette luogo a gravi dispute, per la semplice ragione che la legge come tale, o *ius scriptum* nel senso volgare della parola, è opera cosciente dell' uomo e quello che in essa, come fonte di diritto, vi ha di particolare è appunto questo suo essere opera fattizia dell' uomo, della volontà più o meno mediata (starei per dire stilizzata) della collettività organizzata a Stato, o come anche suol dirsi dell' imperante.

Quando poi però si è trattato di definire la consuetudine, che come spiegheremo, non è che un modo (ma non il solo, oltre la legge) di formazione del diritto positivo, allora è ritornata a galla la questione della scaturigine prima del diritto, di quello stesso diritto che si traduce in legge. Questione che era stata dissimulata, sepolta, ma non risolta nella definizione della legge, concepita come pura e semplice manifestazione di volontà, come arbitrio dell' impe-

rante, sia esso il popolo, un'oligarchia od un despota, o un pò di tutto ciò, come in realtà di solito avviene.

Imperocchè è evidente che se la legge tende allo stesso fine a cui tende la consuetudine, essendone identico anche il mezzo per arrivarvi (regolare con sanzione politica la condotta umana nei rapporti esteriori), essa deve pure avere comune con questa la ragion d'essere e la scaturigine sua prima.

Per la consuetudine però si presentava oltre questa, anche una seconda questione ad essa particolare: quella, cioè, della ragione per cui il diritto positivo, che per essa si afferma, può avere, anzi ha sempre la stessa forza del diritto che emana direttamente della legge.

Alla prima di queste due questioni si rispose col dire su per giù quello che dice tra i molti il WINDSCHEID, ossia: che la ultima fonte del diritto positivo è la ragione (die Vernunft) del popolo, coll' aggiunta, in nota, che ciò resta sempre vero anche quando ed in quanto una tale ragione nel caso concreto è cattiva (loc. cit. nota 1ª — im gegebenen Fall eine schlechte Vernunft), non coglie nel segno o, per parlare con sincerità, è *unvernunftig*. Onde evidentemente consegue che secondo quest' illustre scrittore la prima fonte del diritto è la *Vernunft* o la *Unvernunft* del popolo.

Altri come il PUCHTA, sopracitato, hanno detto che quella prima od ultima fonte del diritto positivo è lo spirito del popolo, il *Volksgeist*. Ciò che anche nella stessa sua enorme indeterminatezza non è neppure sempre vero. Secondo lo stesso PUCHTA però le fonti immediate sarebbero poi la consuetudine, la legge e la scienza giuridica.

A riguardo della quale ultima, bench' egli non lo dica, dovrebbe farsi necessariamente quella stessa avvertenza che il WINDSCHEID fa a riguardo della *Vernunft*. Ossia, che siccome (pur troppo) anche la scienza giuridica, non più, ma forse anche non meno di molte altre, è fallibile anche nello statuire il diritto, così in perfetta coerenza con ciò che ha detto WINDSCHEID della *Vernunft*, dovremmo dire secondo PUCHTA: sono fonti immediate del diritto: la consuetudine, la legge, e la scienza buona o cattiva, vera o falsa, ossia la scienza e la ignoranza giuridica.

Non creda il lettore che a tali obiezioni, che nella loro sostanza almeno ci sembrano inconfutabili, noi siamo stati indotti da poco rispetto o considerazione verso così insigni illustrazioni della scienza nostra, quali il PUCHTA ed il WINDSCHEID. Imperocchè anzi, se, per così dire, noi ce la siamo presa in tal modo con loro, è stato appunto per procurarci anche un argomento d'autorità, che in sostanza si riduce a questo: tanto è vero che la scienza giuridica non ha detto ancora l'ultima parola in fatto di teoria delle fonti del diritto positivo, che due così valenti cultori di essa non hanno saputo dirci in proposito nulla di sufficientemente persuasivo, nulla di meglio di quello che abbiamo or ora fedelmente riferito. Ora s'intende da per se che la forza di tale nostra argomentazione è proprio in ragione diretta dell'universalmente riconosciuto altissimo merito dei due illustri scrittori.

III. — Nè pure ha da credersi che noi pretendiamo di possedere e di esporre qui la soluzione di quell'enigma che per la scienza giuridica è ancora la formazione o scaturigine prima del diritto positivo, di quell'enigma che in sostanza lo stesso PUCHTA ha dichiarato indecifrabile. Tanto più che anche noi non crediamo all'infallibilità nè della scienza in genere, nè di quella del giure in particolare, la quale pure nei ristretti limiti delle nostre forze, professiamo con quello stesso amore, con quella stessa fede e pur con quella stessa modesta consapevolezza di umana insufficienza, che traspirano dal famoso passo di ULPIANO (fr. 1 § 1 D. de iust. et iure 1, 1). Il quale dopo aver detto essere la giurisprudenza ARS *boni et aequi*, come è noto, soggiunge, che di essa « (cuius) merito quis nos sacerdotes appellet: iustitiam nanque colimus et BONI ET AEQUI NOTITIAM profitemur — ***veram*** NISI FALLOR ***philosophiam profitentes.***

Secondo la quale dichiarazione in forma anch'essa modestamente dubitativa la vera filosofia consiste nel professare l'ARTE del buono e dell'equo.

Ed è appunto in perfetta coerenza con questa grande verità che, a nostro credere, la causa per cui la grandissima maggioranza dei giuristi anche sommi, come i due da noi

or ora ricordati, perdette la chiara visione del concetto di fonte del diritto, furono le influenze delle idee filosofiche, ossia della filosofia del diritto sempre e fatalmente troppo pretenziosa e aprioristica; abbia essa per base le affermazioni dogmatiche dello spiritualismo o quelle ancor più dommatiche e vacue del materialismo.

Comunque sia di tutto ciò, sta in fatto che quel concetto stilizzato di fonti del diritto, che tutte queste riduce alla legge ed alla consuetudine, viene unanimemente, per quello che io ne so, presentato e raccomandato come tratto dal diritto romano, al quale, si noti, sopra un tal punto dovrebbesi, a mio credere, riconoscere un' autorità anche maggiore di quella grandissima che ad esso è in genere riconosciuta universalmente. E ciò per la ragione, che esso arrivò all' insuperabile altezza da tutti i tempi e da tutti i popoli ammirata per un processo di formazione e di svolgimento quanto altro mai spontaneo, automatico, di costante e naturale selezione, che esclude ogni apriorismo dalle riforme catastrofiche *ab imis* tanto fallaci e pur tanto care ai politicanti ambiziosi e incoscienti. Il che, come ben comprendesi, costituiva condizione quanto mai favorevole per chiunque si fosse proposto di studiare e scoprire quel mistero della formazione del diritto più sopra ricordato da PUCHTA.

In realtà però non solo quella tradizionale teoria delle fonti or ora deplorata non è romana, ma i pochi testi romani che su tale argomento sono a noi pervenuti portano ad una conclusione o teoria molto diversa, che noi crediamo la vera, e che appunto ci proponiamo di esporre in questo nostro modesto lavoro.

IV. — GAIO, che per l'indole sua e più ancora per quella del suo libro dovrebbe in proposito rispecchiare più fedelmente la teoria romana corrente ai suoi tempi in materia di fonti, dopo avere premesso la distinzione tra l'IUS CIVILE: « *quod quisque populus sibi constituit* e quello *quod naturalis ratio inter omnes homines constituit... vocaturque* IUS GENTIUM, *quasi quo iure omnes gentes utuntur* », dice (ivi § 2): « *constant autem iura populi romani ex legibus, plebiscitis,*

senatus consultis, constitutionibus principum, edictis eorum qui ius edicendi habent, responsis prudentium ».

Nè qui, nè altrove egli distingue tra *ius scriptum* e *ius non scriptum*, e non parla della *consuetudo* (1). Della sua enumerazione qui riferita diremo tra breve, avvertendo sino da ora, che le prime quattro di quelle sei categorie: leges, plebiscita, senatus consulta, constitutiones principum, per ora non presentano per noi alcuno speciale interesse, perchè rientrano nel concetto comune di legge. Delle altre due ultime diremo invece tra breve.

Il giureconsulto Pomponio in quel lunghissimo passo tolto dal suo *libro singulari enchiridii* e che, come fr. 2 costituisce, dopo la breve introduzione contenuta nel fr. 1 di Gaio, tutto l'interessantissimo titolo 2° del libro I Dig. *de origine iuris et omnium magistratuum et successione pru-*

---

(1) Vero è che in fr. 9 de I. et I. 1, 1 dice lo stesso Gaius *libro I institutionum*: « *Omnes populi, qui* legibus et moribus reguntur, *partim suo proprio partim communi omnium iure utuntur: nam quod quis*]que populus ipse sibi ius constituit, id ipsius proprium est vocaturque ius civile, quasi ius proprium civitatis; quod vero naturalis ratio inter omnes homines constituit etc. ». Ma è da osservare che in ogni caso l'espressione *legibus et moribus reguntur* è in quest' ultima sua parte (moribus reguntur) troppo indeterminata, perchè in un libro elementare come quello di Gaio, essa possa da per sè sola senz' alcun schiarimento rappresentarci la teoria della consuetudine. Nel caso concreto poi è inoltre da osservare, che le prime parole del cit. fr. *Omnes — quod quis*, sino cioè alla parentesi quadra, non si trovano nel manoscritto di Gaio veronese, che qui presenta una lacuna e comincia dal punto da noi segnato colla parentesi quadra. Ed anzi P. Krueger e Studemund (*Gai* Inst. ed. II) a questo punto, in nota ai versi 1-3, avvertono « *Omnes — quod quis* supplevit Goeschen ex Dig. et Inst., quamvis tribus versibus in C. (codice veronese) explendis haec verba vix sufficiant.

Il che porta a ritenere con qualche fondamento che tutta quella prima parte del fr. 9 sino alla parentesi quadra non corrisponda almeno nella materialità della forma all' originario testo di Gaio. Ed in ogni modo se il popolo romano era di quelli, *qui legibus et moribus reguntur*, perchè poi Gaio di solito così accurato, quando ci spiega con la solita minuziosità come è costituito il diritto romano (§ 2 segg. *Constant autem iura populi Romani* etc.), dimentica di parlarci di quei *mores* che insieme colle *leges* avrebbero costituito secondo quella prima premessa la suprema distinzione delle fonti del diritto?

dentium, comincia col dirci (ivi § 1): « et quidem initio civitatis nostrae populus SINE LEGE CERTA, SINE IURE CERTO primum agere instituit omniaque manu a regibus gubernabantur ».

Poi furon fatte mano mano alcune leggi e finalmente il « ius civile Papirianum, non quia Papirius de suo quicquam ibi adiecit, sed quod leges sine ordine latos in unum composuit ».

Ma ecco che « exactis deinde regibus, lege tribunicia omnes leges hae exoleverunt iterumque coepit populus Romanus INCERTO magis IURE ET CONSUETUDINE ALIQUA uti ».

Promulgate le leggi delle XII Tavole (§ 5): « his legibus latis coepit (ut naturaliter evenire solet, ut interpretatio desideraret prudentium auctoritatem) necessariam esse disputationem fori haec disputatio, et HOC IUS, QUOD SINE SCRIPTO VENIT COMPOSITUM A PRUDENTIBUS, propria parte aliqua non appellatur, ut ceterae partes iuris suis nominibus designantur, datis propriis nominibus ceteris partibus, sed communi nomine appellatur ius civile ».

Essendo state « compositae ex his legibus eodem tempore le *actiones*, dette perciò *legitimae actiones* « *ita eodem poene tempore tria haec iura nata sunt:* il diritto costituito dalla legge delle XII TAVOLE, quello che *ex his fluere coepit*, ossia il IUS CIVILE (quello or ora visto, quod sine scripto venit compositum a prudentium), e le *ex hisdem* LEGIS ACTIONES ».

Si ebbero poi le due compilazioni di privati, che dal nome dei loro autori furono dette « *ius civile Flavianum, sicut ille ius civile Papirianum,* e *ius Aelianum* » (1).

---

(1) S' intende da per sè che per noi, che ci proponiamo soltanto di ricercare come i giureconsulti romani concepissero le fonti e le origini del diritto, è del tutto oziosa qualsiasi questione sulla esattezza e veridicità storica del racconto di Pomponio e sulle alterazioni che esso può aver subìto da parte dei compilatori giustinianei. Imperocchè è certo che questi ultimi in ogni caso in una materia come questa non possono aver fatto a meno di attenersi alle tradizioni riferite e dominanti in quelle stesse opere dei giureconsulti classici che essi andavano enucleándo, specialmente riguardo all' epoca più antica, preistorica, che meno di qualsiasi altra essi avevano interesse a travisare.

Dopo aver detto come avvenisse che « *coepit senatus se interponere et quidquid constituisset observabatur, idque ius appellabatur senatus consultum* » (1), Pomponio aggiunge, che (§ 10): « *Eodem tempore* ET MAGISTRATUS IURA REDDEBANT *et ut scirent cives, quod ius de quaque re quisque dicturus esset, seque praemunirent, edicta proponebant, quae edicta praetorum ius honorarium constituerunt* ».

In ultimo (*novissime* § 10) « *constituto principe* DATUM EST EI IUS, *ut quod constituisset ratum esset* ».

Riassumendo poi tutto questo svolgimento, POMPONIO conclude (§ 12): « *Ita in civitate nostra aut iure, id est lege, constituitur aut est proprium ius civile, quod sine scripto in sola prudentium interpretatione consistit, aut sunt legisactiones, quae formam agendi continent, aut plebiscitum, ... aut et magistratuum edictum, unde ius honorarium nascitur, aut senatus consultum, quod solum senatu constituente iudicitur sine lege, aut est principalis constitutio, id est ut quod ipse princeps constituit pro lege servetur* ».

V. — Secondo GIUSTINIANO (§ 3 Inst. de iure nat. 1, 2) invece la suprema distinzione del diritto è quella « *in ius* EX SCRIPTO e [in ius] EX NON SCRIPTO ».

« *Scriptum ius est lex, plebiscita, senatus consulta, principum placita, magistratuum edicta, responsa prudentium* ».

(Ibid. § 9): « Ex NON SCRIPTO *ius venit, quod usus comprobavit, nam diuturni mores consensu utentium comprobati legem imitantur* ».

Dunque tra la dottrina di POMPONIO e quella di GIUSTINIANO corrono differenze notevoli, che vale la pena di esaminare.

---

(1) Dove quel « COEPIT SE INTERPONERE » e più ancora la stessa espressione *senatus* CONSULTUM a mio credere accennano all' idea che, almeno in principio, i deliberati del senato in materia giuridica non avessero almeno formalmente proprio il valore di legge nel senso odierno della parola, sebbene l' avessero in pratica (et quidquid constituisset observabatur). È infatti certo d' altra parte, che quella specie di usurpazione del potere legislativo da parte del senato, appunto perchè fatale portato della *necessitas ipsa*, non potè avvenire che gradualmente, quasi inavvertitamente e non come brusca ed espressa riforma della costituzione dello Stato.

POMPONIO parla innanzi tutto, riferendosi ai tempi più antichi, di un *ius incertum*, che senza dubbio, pure essendo un *ius*, e un *ius non scriptum*, non era però da confondere con la consuetudine, dappoichè (ivi § 3) Pomponio stesso dice che, dopo cacciati i re i romani cominciarono a vivere *incerto magis iure* ET CONSUETUDINE.

Venendo poi a parlare del diritto che fu opera dei *prudentes* (§ 5) egli dice, che questo era quello « *quod* SINE SCRIPTO *venit* COMPOSITUM A PRUDENTIBUS, e che *communi nomine appellatur ius civile* ».

E tale qualifica egli ripete, come abbiamo visto, poco appresso (§ 12), dicendo « *est proprium ius civile, quod* SINE SCRIPTO *in sola prudentium interpretatione consistit.* Di altro IUS EX NON SCRIPTO egli non parla. Ma quello che egli ce ne ha detto, ci induce a credere che precisamente in tal modo intendesse il *ius ex scripto* e quello *ex non scripto* anche ULPIANO.

Ma allora perchè questi in fr. 6 § 1 D. de I. et I. avrebbe detto: « *Hoc* (cioè: *ius civile*) *igitur ius nostrum aut ex scripto constat aut sine scripto?* » (1).

Sembra quindi probabile che, siccome quando, ivi, GIUSTINIANO dice « *constat ius nostrum aut ex scripto aut ex non scripto ut apud Graecos* etc. quel *ius nostrum* non è nè può essere il *ius civile* quale l'intendeva POMPONIO, questo fr. 6 § 1 piuttosto che di ULPIANO sia opera dei compilatori.

Del resto per persuadersi che fra la teoria od enumerazione e partizione delle fonti del diritto fatta da POMPONIO e quella di GIUSTINIANO corrono le notevoli differenze ora dette, basta tenere presente, che secondo Pomponio quello *ius* che di solito designasi come *responsa prudentium* appartiene al *ius quod ex non scripto venit*, mentre per Giustiniano i *responsa prudentium* appartengono al *ius quod ex scripto venit.*

L'antinomia è però nella sostanza men grave di quello che sembri, essa anzi si spiega a mio credere molto bene, purchè, come or ora vedremo, si getti a mare quella che io dissi essere la teoria stilizzata delle fonti del diritto

(1) = I. 1, 2, 3, dove è detto *aut ex scripto constat, aut ex non scripto.*

romano, e che oggidì suole applicarsi anche al così detto diritto civile patrio.

La chiara memoria di F. SERAFINI nella sesta edizione, che è pure l'ultima di quelle da lui stesso curate, delle sue « *Istituzioni di diritto romano comparato al diritto civile patrio* », che furono, almeno fino a qualche tempo fa, il migliore e che forse sono tuttora il più diffuso e più popolare trattato italiano della materia, distingue (vol. I, capo II, pag. 3) secondo il solito, il diritto in « diritto scritto e diritto non scritto ». « Il diritto scritto è quello che emana dal potere legislativo; il diritto non scritto è quello che si forma da sè pel consenso comune dei consociati, e si conosce più propriamente sotto il nome di diritto consuetudinario ».

Potrebbero non che desiderarsi solo immaginarsi una classica semplicità di forma e cristallina limpidità di concetti maggiori di queste? Potrebbe immaginarsi alcunchè di più atto ad appagare la mente dei principianti e dello stesso volgo dei giuristi? A maggiore tranquillità dei quali gli opportuni rinvii alle fonti suggellano la brillante teoria coll'autorità del diritto romano.

Bello, bellissimo tutto ciò, seducente questa teoria delle fonti in così semplice ed efficace forma stilizzata che attraverso al tempo, attraverso allo spazio domina sempre ben accolta le scuole. Peccato, che la realtà sia diversa ed in doppio senso diversa. Nel senso, cioè, che la teoria delle fonti del diritto positivo in genere è qualche cosa di molto più complicato, e nel senso (ed è questo il punto che specialmente costituisce oggetto di questo nostro lavoro) che essa non corrisponde ai testi romani, neppure entro i limiti delle compilazioni giustinianee.

Dai pochi testi del *Corpus iuris*, già da noi addotti, intanto resulta che i giureconsulti romani e lo stesso Giustiniano non dividevano il diritto *in ius scriptum* e *in ius non scriptum*, ma in *ius* che *constat* o *venit aut ex scripto aut ex non scripto* (1), oppure come dice Pomponio (in cit. fr. 2 § 5) IUS QUOD SINE SCRIPTO *venit compositum a pru-*

(1) § 3 Inst. *de I. nat.* 1, 2; ULPIAN. *l. 1 instit.* (in Dig. 1, 1, 6, 1).

dentibus o IUS (ibid. § 12) QUOD SINE SCRIPTO *in sola prudentium interpretatione consistit.*

Ciò che è ben diverso od almeno si presta ad esprimere un concetto molto ben diverso da quello che porti il significato tecnico comunemente attribuito alle espressioni *ius scriptum* e *ius non scriptum.*

E difatti, se per *ius scriptum* s' intende, come generalmente si ammette (essendo stata tale espressione dagli interpreti elevata ad espressione tecnica per significare ciò) la legge, e per *non scriptum* la consuetudine, intendendo che in queste categorie siano incasellate tutte le varie specie di fonti del diritto, la sopra accennata antinomia al riguardo, da noi indicata e dichiarata solo apparente, nei pochi testi del *Corpus iuris* su riferiti, sarebbe addirittura inconciliabile e bisognerebbe riconoscere che Giustiniano avesse fatto un gran pasticcio (1).

In detti testi invece non ad altro si tende che a constatare come il diritto positivo può venire, dirò così, da materiale scritto e da materiale non scritto, e che alla prima categoria appartiene tutto quel diritto, che noi oggidì chiamiamo *ius scriptum* in senso tecnico di legge, nelle sue varie forme, che secondo i vari momenti storici furono la *lex*, il *plebiscitum*, il *senatus consultum*, i *principum placita*, e gli *edicta magistratuum* che di certo, specialmente per tutta la loro epoca classica e nel senso di comprendere il *ius honorarium*, non furono nè poterono essere, nè sostanzialmente, nè formalmente (perchè i magistrati non avevano potere legislativo) un *ius scriptum* nel senso tecnico odierno della parola, come non poterono essere mai completamente per intero (come vedremo meglio fra breve) neppure *ius non scriptum* nel senso odierno, ossia diritto consuetudinario. Sebbene tali *edicta* tendessero di regola a divenir diritto consuetudinario (ius tralaticium). Impe-

---

(1) Anche da qui si rileva che aveva torto il VERING *Gesch. u. Pandekten* (V. ediz.) Mainz 1887, § 12, pag. 26, di dire « Ohne sachliche Bedeutung ist die Streitfrage, ob die Römer nicht etwa den Gegensatz zwischen *ius scriptum* und *non scriptum* dem einfachen Wortsinn nach verstanden haben ».

rocchè questo stesso continuo divenire *tralaticium* e da *tralaticium consuetudinario* del diritto *honorarium* implica necessariamente che in ogni momento di sua evoluzione vi fosse in esso una parte che non era tralaticio, pur essendo destinato a divenirlo, e una parte che non era ancora abbastanza tralaticio da essere qualificato diritto consuetudinario nel senso tecnico odierno.

VI. — Lo stesso è da dire del diritto che era opera dei prudenti, o costituito dai così detti *responsa prudentium*, a riguardo del quale il fenomeno da noi avvertito è ancora più appariscente.

Che esso non potesse essere un *ius scriptum* nel solito senso tecnico odierno ce lo dice *apertissimis verbis* l'autorevolissimo Pomponio nei luoghi già esaminati.

Ciò è incontestabilmente vero sino al tempo d'Augusto e nel senso che esso non era un *ius scriptum* nel significato tecnico odierno della parola e nel senso che esso era veramente un *ius quod ex non scripto venit* come l'intendeva Pomponio, ossia diverso da ciò che oggi s'intende per *ius non scriptum* (consuetudine).

Riferisce infatti Pomponio (cit. fr. § 40) che « ante tempora Augusti publice respondendi ius non a principibus dabatur, sed qui fiduciam studiorum suorum habebant, consulentibus respondebant: neque responsa utique signata dabant, sed plerumque iudicibus ipsi scribebant, AUT TESTABANTUR qui illos consulebant ».

In realtà poi ciò continuò ad esser vero anche dopo che « primus Augustus, ut maior iuris auctoritas haberetur (questa fu la ragione speciosa del politico) constituit, ut ex auctoritate eius responderent ».

Imperocchè non era già che con ciò il potere politico o sovrano, conferisse a tale categoria di cittadini un potere legislativo. Altro non essendo in realtà tale istituto, come del resto è noto, che un tentativo del potere politico di confiscare od almeno di monopolizzare a suo prò l'*auctoritas prudentium* (1), che in ciò ben poco aveva da guada-

---

(1) Quanto grande fosse l'egoismo autocratico, come del resto è co-

gnare. Tanto è vero che già « l'optimus princeps Adrianus, cum ab eo viri praetorii petent, ut sibi liceret respondere rescriptis eis hoc non peti, sed praestari solere et ideo, si quis fiduciam sui haberet, delectari se populo ad respondendum se praepararet. [Mommsen: delectari se, si populum ad respondendum se praestaret vel praeberet (1)] ».

E difatti quell'istituzione in sostanza non cambiò affatto 'andamento delle cose tanto che anche Teodesio II e Valentiniano III nella così detta legge delle citazioni (cost. 3 C. Th. I, 4) vollero che non si facesse alcuna distinzione tra i giureconsulti che avevano avuto e quelli che non avevano avuto l'*ius respondendi*.

---

munemente noto, che aveva ispirato, tale riforma è provato anche dal fatto che il grande SABINUS [come poco appresso narra lo stesso POMPONIO (in fine del cit. § 49)] a cui era stato « concessum a Tiberio Caesare, ut populo responderet... *nec amplae facultates fuerunt*, SED PLURIMUM A SUIS AUDITORIBUS SUSTENTATUS EST ». Mentre in addietro nell'epoca repubblicana tanto grande era e tanto in pregio era tenuta l'opera di consulenti, dei *iurisprudentium*, che nella metà del sesto secolo di Roma, come narra POMPONIO (cit. fr. 2 § 37 D. de or. iur. 1, 2) a « *Gaius Scipio Nasica*, QUI OPTIMUS A SENATU APPELLATUS; — etiam publice domum in sacra via data est, quo facilius consuli possit ». E CICER. *de orat.* I, 45, 200 dice: « Est enim sine dubio domus iurisconsulti totius oraculum civitatis. Testis est huiusce Q. Mucii ianua et vestibulum, quod in eius infirmissima valetudine, affectaque iam aetate, maxima quotidie frequentia civium, ac summorum hominum splendore celebratur ».

(1) Come tutto ciò è romanamente umano e come ciò perfettamente armonizza colle famose parole di ULPIANO: non immerito quis nos sacerdotes appellet etc. Sostituite a questo apostolato di giustizia, di così umanizzata giustizia basata sul principio della *aequitas*, dell'uguaglianza di tutti gli uomini e di tutte le razze un apostolato d'amore ed avrete il Cristianesimo in tutto ciò che esso ha di più umanamente e socialmente alto e di moralmente elevato. Infatti questo dire: chi sente di avere in sè la forza e gli studi per professare la giustizia sia senz'altro autorizzato, tenuto a farlo, corrisponde perfettamente al concetto cristiano, secondo il quale [come riferisce il non sospetto E. FRIEDBERG, *Tratt. di dir. eccl.* (trad. e annot. da F. RUFFINI. Torino, Fratelli Bocca, 1893) libro I, § 5, pag. 16]: « Chi va peregrinando e sente in sè la vocazione viene chiamato apostolo e come tale è onorato, ospitalmente accolto e mantenuto dalla comunità a cui egli reca il cristianesimo » (PAOLO, *Ep. ai Cor.* I, 4, 5 specialmente *Ep. ai Galati*, cap. 1 e 2.

All'opposto di POMPONIO l'imperatore GIUSTINIANO pone, come abbiamo visto, i *responsa prudentium* fra il *ius quod ex scripto venit*. Perchè? Aveva forse una tale fonte di diritto cambiato natura dal tempo di Pomponio in poi? Evidentemente no. Imperocchè se esso era rimasto *ius ex non scripto* a detta dello stesso POMPONIO anche durante e dopo la istituzione del *ius respondendi* (cfr. e arg. § 49 con § 12 fr. cit.) tanto che egli lo qualifica tale (§ 12 fr. cit.) anche nell'epoca in cui « quod princeps constituit pro lege servatur » e al seguito del rescriptum di ADRIANO (quello stesso probabilmente di cui parla GAIO I, § 7), è evidente che esso conservò tale sua natura anche dopo la così detta legge delle citazioni di Teodosio II e Valentiniano III, che a riguardo di quel famoso mezzuccio con il quale essa, come con molta verità fu osservato, sostituiva al libero apprezzamento del magistrato un tribunale di cadaveri, presieduto da Papiniano, era in sostanza una ripetizione ed un ampliamento di quella disposizione del *rescriptum* di ADRIANO, riferita al sopra citato luogo da GAIO (1).

---

(1) « Responsa prudentium, dice GAIO (ivi, I, § 1-7), sunt sententiae et opiniones eorum quibus permissum erat iura condere quorum omnium si in unum sententiae concurrunt, id quod ita sentinut, legis vicem optinet; si vero dissentiunt, iudici licet quam velit sententiam sequi; idque rescripto divi Hadriani significatur ». A. PERNICE nel suo citato scritto *(Parerga* X - *Zum Römischen Gewohnheitsrecht)* pag. 19 [143] dice che qui GAIO (I, § 1-7) parla solo di *ius scriptum*, come PAPINIANO fr. 7 pr. § 1 de I. et I. 1, 1. In realtà però essi non parlano nè di *ius ex scripto*, nè di *ius ex non scripto*, ma fanno quella tale enumerazione senza alcun riferimento a quella distinzione che neppure nominano. Ciò posto, se POMPONIO poneva, come abbiamo visto, i *responsa prudentium* tra il *ius ex non scripto*, perchè supporre che PAPINIANO e tanto meno GAIO lo ponessero fra l'*ius ex scripto?* — Anche PERNICE qui osserva che « wir wissen, dass der Einfluss der Weistümer auf die Richtersprüche tatsächlich schon in republikanischer Zeit derselbe war, nur ohne die mechanische Regelung der Kaiserzeit ».

P. KRUEGER nella sua *Geschichte der Quellen und Literatur des röm. Rechts* pag. 113, trova molto strana la menzione che GAIO cit. I, § 7 fa del *rescriptum divi Hadriani*, e del concetto evidentemente più largo del consueto che ivi GAIO dà dei *responsa prudentium*. Tali difficoltà risolve in modo a mio credere esauriente F. EISELE, *Zu Gaius* I, 7 *(Estratto* dalla *Zeitschrift der Savigny-Stiftung f. Rechtsg.* Anno XI.)

Un cambiamento però c' era stato, ma nel senso che mentre al tempo di Pomponio i *responsa prudentium* erano in pieno fiorire, sicchè tanta parte di essi era costituita da quei *responsa* che i *prudentes* « *neque utique signata dabant, sed plerumque iudicibus ipsi scribebant aut testabantur qui illos consulebant* », all' epoca di Giustiniano invece, in cui già da lungo tempo questa rigogliosa e limpida fonte del diritto si era inaridita, dell' opera secolare e feconda dei giureconsulti restava solo la parte conservatane dalla scrittura. Essa perciò non costituiva un *ius scriptum* nel senso tecnico odierno, più di quello che l' avesse costituito al tempo di Pomponio, ma era indubitatamente un *ius quod ex scripto venit* nel senso naturale, ovvio, o materiale che dire si voglia della parola.

VII. — Ma anche gli *edicta magistratuum*, che pure sono da Giustiniano messi tra il *ius quod ex scripto venit*, non erano *ius scriptum* nel senso tecnico odierno (in quel senso in cui lo erano la *lex*, il *plebiscitum* e, specialmente dopo i suoi primi inizî, il *senatus consultum*).

---

pag. 199 segg. « Sobald (dice l'illustre romanista tedesco, ivi pag. 201-202) die Geschworenen anfingen, die Berufung auf beliebige juristische Schriften autorisirter Juristen in dem Sinne zuzulassen, dass die Aeusserungen in diesen Schriften die Autorität von responsa haben sollten, mussten sich Zweifel und das Bedürfniss einer höheren Entscheidung namentlich in folgender Richtung ergeben ... Sofort musste hier der Zweifel entstehen: entscheidet die Majorität — oder soll die widersprechende Ansicht eines einzigen autorisirten Iuristen genügen, um die Citate des Gegners zu beseitigen? Auf diesen Punkt hat sich, wie wir meinen, Hadrians Rescript bezogen ».

Secondo me questo rescritto di Adriano è quello stesso od almeno si riattacca senza dubbio a quello stesso rescritto sul *ius respondendi* che dall' optimus princeps Adrianus avrebbero provocato quei tali *viri praetorii*, del quale, come abbiamo già visto, parla Pomponio nel suo più volte cit. fr. 2, § 49 de orig. iur. 1, 2. E non so spiegarmi come una corrispondenza così significativa possa essere sfuggita ad uomini come P. Krueger, Pernice e Eisele, quando si trattava, come abbiamo visto, di risolvere la questione che essi stessi si facevano, come mai Adriano avesse emanato un rescritto sull' *ius respondendi*. « Aber nicht nur der Inhalt des Rescripts, sondern unseres Erachtens (dice Eisele loc. cit. pag. 200) schon das ist auffallend, dass Hadrian über die *responsa prudentium* ein Rescript zu erlassen sich veranlasst sah ».

Non lo furono indubbiamente sino alla codificazione Giuliano-Adrianea dell' *edictum*, e continuarono a non esserlo al di fuori dell' ambito di questo. Imperocchè per quel poco che essi ancora potevano valere dopo quella codificazione, essi conservarono l' antico loro carattere di *edicta*, che i *magistratus quae iura reddebant* (POMPON. cit. fr. § 10), *proponebant ut scirent cives, quod ius de quaque re quisque dicturus esset, seque praemunirent.*

Il quale *ius* (de quaque re) *dicere* se, come è comunemente noto, ancorchè forse un po' all' ingrosso, era qualche cosa di molto diverso dal giudicare, ossia dalla funzione del giudice odierno, era però anche alcunchè di fondamentalmente diverso dalla funzione legislativa, specialmente quale oggi è in generale concepita.

POMPONIO non ci dice se gli *edicta magistratuum* appartenessero al *ius ex scripto* o a quello *ex non scripto*, ma è probabile che anch' esso come GIUSTINIANO li avrebbe messi fra l' *ius ex scripto*, in quel senso però naturale, materiale, non tecnico della parola or ora dichiarato.

A prima conclusione di tutto ciò che precede, possiamo dunque dire, che il concetto stilizzato e da secoli comunemente corrente nelle scuole e nel fôro di *ius scriptum*, come sinonimo di ciò che noi chiamiamo legge non corrisponde al *ius quod ex scripto venit* dei testi romani, del quale quello non sarebbe che una categoria.

VIII. — Avvi un fatto già per sè stesso grandioso della storia antica, che nella sua maggior parte anzi appartiene all' epoca preistorica di Roma, di cui però, per quello che io ne so, non è stato tenuto conto abbastanza in rapporto alla formazione del diritto romano privato e del processo che vi corrisponde, mentre invece esso su questo e quello deve necessariamente avere avuto una influenza grandissima. Intendo parlare del fatto che l' antico Stato di Roma era costituito dall' unione di più *gentes* appartenenti a regioni per quello che se ne sa limitrofe, ma pure etnograficamente e per più conti tra di loro distinte (1).

---

(1) Vedansi su ciò la bella e grandiosa opera di G. CARLE, *Le ori-*

Data la quale organizzazione dello Stato e data la costituzione patriarcale delle *gentes* dovette necessariamente avvenire, come è del resto comunemente riconosciuto, che in quella prima epoca lo Stato con le sue norme e con i suoi mezzi coercitivi, per quello almeno che riguardava il diritto privato, fosse chiamato ad intervenire soltanto od almeno principalmente non già nei rapporti tra individuo e individuo, ma in quelli tra *gens* e *gens* e conseguentemente tra le rappresentanze, ossia tra i capi respettivi delle *gentes* (1). Tal fenomeno forse già molto attenuato nei rapporti politici e del diritto pubblico sin dal principio, dovette certamente continuare molto più a lungo nei rapporti tra i singoli, ossia a riguardo del diritto privato, almeno entro l'ambito delle singole *gentes*, sino a che la forza di coesione di queste non cedette completamente a quella di unificazione e di accentramento della vita politica e giuridica dello Stato. Onde di fronte a questo, sinchè e sin quando la compage della *gens* si mantenne forte, dovette comparire come titolare del diritto e respettivamente come litigante solo il capo della *gens* poi, e può dirsi per sempre, il capo della famiglia, il *pater familias*, che a sua volta in ogni modo veniva sempre ad avere dalla sua per lo meno tutto il favore e l'appoggio morale della *gens* cui egli apparteneva (2). Perciò quando lo Stato con le sue leggi definisce

---

gini del diritto romano. Torino, Fratelli Bocca, 1888, pag. 2 e segg., e il recente e pregevolissimo libro di G. PACCHIONI, *Corso di diritto romano*, vol. I, Innsbruck 1905, specialmente pag. 2 e segg., non che gli altri autori citati da questi due illustri scrittori.

(1) Infatti per quello che se ne sa in origine il senato era costituito dai *patres gentium*. V. ad es. PUCHTA, *Instit.*, ediz. 9ª curata da P. KRUEGER I, § 41, pag. 80. CUQ, *Inst. jurid. des Rom.*, vol. I (1891) pag. 70, n.º 4. E come dice Laelius Felix in GELL. XV, 27 i *comitia curiata* erano quelli nei quali « ex generibus hominum suffragium feratur ».

(2) Per convincersi di quanto forte e quanto a lungo si mantenesse tale il sentimento di solidarietà che univa tra di loro gli appartenenti ad una medesima *gens*, basta il ricordarsi che dall'anno 485 al 479 av. Cristo uno dei consoli fu sempre della gens FABIA e che pure nel 479 av. C., 306 i FABI con i loro clienti uscirono dalla città per sostenere da soli la guerra contro i Veienti. Che non prima del 3º secolo

la sfera dei diritti di ciascuno, e per mezzo dei suoi magistrati ne definisce le liti, esso viene a trovarsi di fronte non, come oggidì, singoli individui e per sè stessi e per il ceto cui appartengono diversissimi, ma dei rappresentanti di altrettanti organismi politici, di quelle medesime unità politiche dall' insieme delle quali esso stesso è costituito. Le quali, oltre ad essere fra di loro per natura e costituzione perfettamente omogenee, hanno il diritto e normalmente anche la forza di pretendere dallo Stato nell' esercizio di quella sua duplice funzione, legislativa e giudiziaria o di tutela del diritto, UNA PERFETTA UGUAGLIANZA DI TRATTAMENTO, che la ragion politica stessa suggeriva. Così e non altrimenti si spiega a mio credere l' importanza grandissima che sino ab

---

di Roma sarebbe avvenuta quasi trionfalmente l' immigrazione dalla Sabina e l' ammissione tra le *gentes* con relativo assegno di territorio della *gens Claudia*, capitanata da Atta Clausus, che SVETONIO *Tib.* 1 chiama *princeps gentis* e che dal Senato fu autorizzato a prendere in città quanto terreno gli occorreva per costruirvi le case per sè e per i suoi, con la concessione al tempo istesso di un terreno di dominio pubblico situato di là dall' Anio: DIONYS. V. 40; Liv. II, 16. LIVIO stesso (VI, 20) ricorda che « Ap. Claudio in vincula ducto C. Claudium inimicum Claudiamque omnem gentem sordidatam fuisse ». E poco appresso che dopo il supplizio di M. Manlio (anno 370) « adiectae mortuo notae sunt: publica una...; GENTILICIA ALTERA, QUOD GENTIS MANLIAE DECRETO CAUTUM EST, ne quis deinde M. Manlius vocaretur ».

Nello stesso senso fa prova il *ius imaginum*. Il quale, dice MOMMSEN, *Droit. pub.*, cit. t. II, pag. 84 seg., « c' est un droit qui appartient aux *gentes* patriciennes, mais que les maisons plébéiennes (ciò che dimostra la vitalità della costituzione gentilicia e l' influenza reciproca degli usi e tradizioni delle singole *gentes* o categorie di gentes sulle altre) organisées sur le même type que les *gentes* patriciennes, s' arrogèrent en suite comme la plupart des privilèges de ce genre: les funerailles de chacun de leurs membres sont suivies personnellement par ceux des membres décédés de la *gens* qui ont été dictateurs, consuls, censeurs, préteurs, maîtres de la cavalerie ou édiles curules, à condition que ces derniers soient réstés jusqu' à leur mort eu pleine possession de leur honneur et de leurs droits de citoyens, etc. ». Uso che tanto a lungo si protrasse, che TACITO, *Ann.* 3, 76, narra che ai funerali della sorella di BRUTO moglie di CASSIO: *praefulgebant Cassius atque Brutus* (uccisori di Cesare e come tali condannati nel 711 in forza della legge PEDIA) *eo ipso, quod effiges eorum non visebantur* (brillavano per la loro assenza).

antiquo, con perfetta consapevolezza i romani attribuirono alla *aequitas* nel campo del diritto. E siccome l'attuazione di questa *aequitas* doveva essere diretta al conseguimento del massimo ben essere comune, così il *ius* fu sempre considerato, nella sua più alta concezione, come ciò che era *aequum et bonum* e la *iurisprudentia*, l'ARTE (notisi *ars*) *boni et aequi*.

Data quindi una tale formazione dello Stato per aggregazione delle *gentes* o per progressivo avvicinamento e reciproca compenetrazione di esse, ossia per un processo così spontaneo, naturale, con in più anche la perfetta coscienza che di ciò sino dalle origini ebbe sempre il popolo romano, ed escluso per conseguenza dal concetto di Stato e della origine sua qualsiasi idea di derivazione divina di esso e dei poteri che in esso mano mano si andarono costituendo, escluso perciò qualsiasi concetto di quello che fu poi il così detto diritto divino (1), la funzione dello Stato rispetto al diritto non poteva essere concepita altrimenti che come attuazione di quel principio di eguaglianza, o meglio di quel *bonum* a cui SULLA BASE DELL'UGUAGLIANZA doveva arrivarsi. Il *ius*, cioè, altro non doveva essere che attuazione in ogni singolo rapporto concreto di quello che si credeva corrispondere a quei due principi *aequum et bonum*.

---

(1) Ed infatti come dice ad es. MOMMSEN, *Le droit publique romain*, trad. par F. GIRARD. Paris 1892, Tome II, pag. 279: « L'acte par lequel le peuple s' oblige expressément à obèir, dans la limite des attributions du magistrat nouvellement élu à l'*imperium* ou à la *potestas* de ce magistrat èmane en général des curies, et par exception, pour les censeurs des centuries ». E CICERONE, *De rep.* 2, 13, 25, narra di Numa, che: « Quamquam populus curiatis eum comitiis regem esse iusserat, tamen ipse de suo imperio curiatam legem tulit ». GAIO I, 5 « Constitutio principis est quod imperator... constituit nec umquam dubitatum est, quin id legis vicem optineat, CUM IPSE IMPERATOR PER LEGEM IMPERIUM ACCIPIAT ». Mentre ancora nel VI. secolo GIUSTINIANO inserisce nel suo Codice (c. 4 de legibus, 1, 14) ciò che avevano dichiarato nel 429 dell'era volgare THEODOSIO e VALENTINIANO, nonostante tutte le influenze bizantine, e cioè, che: « Digna vox maiestate regnantis legibus alligatum se principem profiteri: adeo de auctoritate iuris nostra pendet auctoritas, et re vera maius imperio est submittere legibus principatum et oraculo praesentis edicti quod nobis licere non patimur iudicamus ».

Lo Stato in altre parole non è chiamato ad attuare la propria volontà, poichè il diritto non è un comando di tale volontà, ma quella norma che in ordine ad ogni singolo rapporto o determinata categoria di rapporti, resulterà, in quei vari modi che vedremo, meglio corrispondere all' *aequum et bonum* (1).

---

(1) In perfetta armonia con i caratteri da noi qui sopra esposti, in origine la dizione certamente prevalente, molto probabilmente anzi la sola in uso fu *aequum (et) bonum*. Col tempo l'ordine di queste due parole potè essere invertito indifferentemente, sino a che divenne addirittura prevalente la dizione *bonum et aequum* o *bonum aequum*. Ciò noi crediamo, avvenne quando per il reciproco compenetrarsi l' uno nell'altro dei concetti corrispondenti a quelle due parole (avvenuto in conseguenza dell'evolversi e del perfezionarsi dell'organismo dello Stato e del diritto) l' *aequitas* nel suo senso originario, materiale, suo proprio di eguaglianza, sopra spiegato, era divenuta per il diritto un' idealità già sorpassata, deficiente per se sola, che non meritava di essere posta in prima linea di fronte al *bonum*, al quale anzi essa doveva sempre essere subordinata per essere alcunchè di appetibile. Per converso però anche il *bonum* non era concepibile se non in quanto esso corrispondeva od almeno non contraddiceva all' *aequum*. Onde può dirsi che d' allora in poi il significato di *bonum aequum* non potè più essere dato dal semplice cumulo dei significati originariamente proprii di ciascuna di quelle due parole, ma esso ne fu una specie di resultante, per un fenomeno molto analogo a quello che si ha in una combinazione chimica, in cui i caratteri del composto non sono dati dalla semplice somma di quelli dei componenti. Questo concetto derivato o, come suol dirsi, evoluto del *bonum (et) aequum* è quello che già dominava, com'è facile intendere all'epoca del primo fiorire della giurisprudenza romana, la quale, per quanto era ancora possibile, ancora lo affinò e sublimò idealizzandolo in quel senso e modo che in forma veramente inspirata ed eletta magistralmente tratteggiò nell' aureo suo libro *La filosofia del diritto nel pensiero dei giureconsulti romani* (Firenze, M. Ricci, 1876) Luigi Moriani. Il quale riferendosi appunto a quell' epoca, potè dire con piena ragione (ivi pag. 37 nota 21): « Codeste voci (*bonum et aequum*, *aequum bonum*, *aequum et bonum*) ebbero assoluta unità e prese insieme significarono un' idea sola ». Ciò che invece, a nostro credere, non avrebbe potuto dirsi riferibilmente all' epoca più antica, a quello cioè che era stato il significato originariamente proprio di quelle due parole, che sopra abbiamo spiegato, ed a cui meglio corrispondeva la dicitura *aequum (et) bonum*, che infatti, come pure abbiamo detto, era stata in origine la prevalente.

Questi rapporti che lo Stato è chiamato a regolare nel modo ora detto sono in origine relativamente rari e semplici, perchè determinati non da molteplici ed infinitamente variabili contatti tra individuo ed individuo, ma da quelli tra *gens* e *gens*, e più tardi e per lunghissimo tempo tra *familia* e *familia* (1). Le esigenze della convivenza, dell'ambiente e del momento politico che determinano in ordine ai detti rapporti l'*aequum et bonum*, ciò che è *ius*, vengono ricondotte al pari delle esigenze o leggi d'ordine fisico e naturale alla divinità e perciò il sapere e dire ciò che è *ius* è in origine compito specialmente dei *pontifices*, che continuano ad esserne interpreti anche nell'epoca repubblicana per moltissimo tempo ancora, dopo che, cioè, come dice MOMMSEN (2), « la ligne de démarcation est tracée

(1) Le quali *gentes* e *familiae* ancorchè in diversa misura, che pure decresce in ragione dello scomparire graduale del regime patriarcale, costituiscono come è comunemente riconosciuto dei gruppi politici, le unità elementari dello Stato, ossia come altrettanti microcosmi giuridici.

(2) *Le droit public romain* (traduit sur la 3.me ed. all. par Fr Girard) Paris 1893, T. III, pag. 19 seg. « . . . les prêtres n'ont, dans la constitution, ni puissance tréorique, ni place juridique; il sont sans doute invités à procurer le bien de l'État et des particuliers dans la mésure de leurs forces par leurs avertissements et leurs conseils; mais ils n'out aucun pouvoir pour assurer l'observation de leurs décisions. Par corrélation, l'organisation des sacerdoces est diamétralement opposée à celles des magistratures quant aux principes les plus essentiels. Le magistrat est nécessairement nommé à temps: les sacerdoces, sauf quelques exceptions vacillantes, motivées par le caractère du culte, sont viagères, au tout au moins ne sont pas annuels. Le magistrat de la République ne peut tirer son origine que d'un vote direct du peuple; en matière de sacerdoce, l'élection populaire est si rigourensement exclue que, lorsque dans la période moderne de la République, les circonstances politique forcèrent à une dérogation, les élections furent au moins toujours accomplies par la plus faible moitié de sections électorales et par conséquent ne furent pas, au moins juridiquement, des élections du peuple. Si l'on avait procédé autrement le criterium juridique qui separait les prêtres des magistrats eut été changé ». Lo stesso MOMMSEN continua poco appresso (op. cit. pag. 50) « Le droit des pontifes DE FAIRE CONNAÎTRE LE DROIT, qui n'a guère conduit à la publication des coutumes, a au contraire été exercé par eux dans la plus large mésure sous la forme de consultations données sur des espèces concrètes

avec une énergie toute romaine entre les magistratures et les sacerdoces de la république ».

Tanto che anche al tempo di ULPIANO la giurisprudenza poteva essere definita (Dig. 1, 1, 10, 2) *divinarum ac humanarum rerum notitia.*

IX. — Il diritto è per i romani la *norma agendi* determinata dalle esigenze dell'umana natura e della sociale convivenza, rette a loro volta dalle leggi naturali generali e dalle leggi che, per il loro trascendere l'ordine naturale conosciuto ed il conseguente loro fare antitesi in tal senso a questo, si considerano e sono dette soprannaturali e divine. A ciò si riconnettono i concetti di *ius naturale* tanto nel senso di diritto suggerito dalla *naturalis ratio*, di diritto ideale, come nel senso del IUS NATURALE di Ulpiano (*quod natura omnia animalia docuit*, inteso con quel tale *grano salis* che è noto), e il concetto di *ius gentium* (nel senso di diritto quod apud omnes populos peraeque custoditur).

Il diritto, *ius,* ha quindi un'esistenza oggettiva, in cui

---

isolées ». Ciò che basta a convincerne che tutta la parte notevolissima che per sì lungo tempo i *pontifices* ebbero nella formazione del diritto non può assolutamente ricondursi al concetto che essi fossero rappresentanti della volontà del popolo, o di una loro partecipazione a quella che suol chiamarsi sovranità, all'*imperium.* Imperocchè come dice FESTUS *ep.* pag. 50 « cum imperio est » dicebatur apud antiquos cui nominatim a populo dabatur imperium ». Anzi anche il *ius cum populo agendi*, ossia, come dice MOMMSEN (op. cit. pag. 40) « le droit de prendre une résolution d'accord avec les peuple des centuries et de tribus *fait défaut au grand pontife, d'une manière absolue*, en dehors du cas spècial de provocation d'une *multa* pontificale. Le seul cas etc. ». Che i grandi collegi sacerdotali non avessero il *ius edicendi*, come sostenne prima il MOMMSEN (*Droit public*, cit. t. I), o che essi lo avessero come poi lo stesso MOMMSEN ammise al seguito della scoperta degli atti dei giuochi secolari d'Augusto (op. cit. t. III, pag. 45, nota 1) non solo non infirma punto la nostra tesi, specialmente ove si ammetta che il vero significato di *ius edicere* fosse quello che noi sosteniamo (vedi appresso nel testo), ma se, come pare, è proprio vero che lo avessero, allora ciò costituisce prova indiscutibile anche sotto questo aspetto che anche il *ius edicere* dei magistrati non era un derivato della *voluntas populi*, della quale essi sarebbero stati i rappresentanti in forza della elezione.

la volontà umana, sia pure come volontà di tutto il popolo, entra solo per una parte e nella speciale funzione che or ora meglio spiegheremo. L' uomo e il popolo devono uniformare ai comandi di quel *ius*, che è al di sopra della loro stessa volontà, la loro condotta nei rapporti esterni tra individuo ed individuo e tra l'individuo e lo Stato, ossia in quei rapporti, che perciò diconsi giuridici, in quel medesimo modo che l'uomo stesso nell'estrinsecare la sua attività sulla materia deve uniformarsi alle leggi dalle quali questa è retta, alle leggi d' ordine fisico, o a quella stessa guisa che a riguardo del suo organismo egli deve uniformarsi alle leggi fisiologiche. E difatti in tutti i rapporti della vita pubblica, politica, che perciò stesso toccano quell'ordine di cose e che ho detto trascendere quello della natura, ossia toccano l'ordine voluto dalle leggi d' ordine superiore, nulla s'intraprende senza prima ricercare quale sia la volontà degli dei al riguardo *(auspicium)* (1).

Onde anche il diritto avendo così un'esistenza oggettiva in grande parte indipendente dalla volontà degli uomini, anzi ad essa superiore, ed anche per quella parte che dipende dalla volontà umana di popolo, di principe, o di magistrato potendo esso esser dato ed esistere solo se ed in quanto quella volontà sia conforme a quello stesso ordine superiore di leggi divine e naturali, ne deriva che anche riguardo al diritto l' uomo, come il *populus*, dovrà comportarsi, come rispetto alle esigenze d'altro ordine or ora esemplificate. Egli, cioè, non sarà chiamato a decidere, a volere, a creare il diritto, egli dovrà soltanto *indagare*, scoprire questo diritto che oggettivamente esiste, si forma e si evolve. E come vi furono sempre uomini che indagarono i fenomeni naturali per iscoprirne le leggi, che contemplarono gli astri per apprenderne i movimenti, dai quali spesso si pretesero influenzate le sorti stesse degli uomini, così a riguardo dell'ordine giuridico non si tratta propriamente di fare le leggi, ma di scoprirle.

E perciò anche i *pontifices* sono considerati solo come

(1) Mommsen, op. cit.

interpreti e depositari delle norme del *ius*, delle XII tavole e delle azioni *ex his compositae* (1).

Perciò, nel periodo, dirò così, primordiale del diritto romano, *initio civitatis nostrae*, come dice Pomponio, *populus sine lege certa, sine iure certo primum agere instituit omniaque manu a regibus gubernabantur* (2). Dove *manu* significa più propriamente quello che noi chiameremmo il potere esecutivo *(imperium* e *coercitio* insieme a servizio del *ius* della *iustitia)* e non implica affatto, che fosse la volontà del re che facesse legge, come poi si ebbe più che altro per le influenze bizantine sotto l'impero.

Lo stesso poi è da dire anche dei magistrati repubblicani.

Infatti, come è noto, e come tra gli altri dice MOMMSEN (3), a proposito della situazione del magistrato dal punto di vista dell'amministrazione della giustizia civile: « Le genre d'activité exercé par le magistrat dans la jurisdiction et les actes officiels qui s'y rattachent, ne correspond aucunement à ce que nous appelons, à proprement parler, par l'administration de la justice. La décision des procès ap-

---

(1) Pomponio in cit. fr. 2 § 6 de orig. iuris 1, 2 « deinde EX HIS LEGIBUS (XII tab.) eodem tempore fere actiones COMPOSITAE sunt....: lege duodecim tabularum ex his fluere coepit ius civile, ex isdem legis actiones compositae sunt. omnium tamen harum et INTERPRETANDI SCIENTIA et actiones apud collegium pontificum erant ».

(2) Fr. 2 § 1 de orig. iur. 1, 2. Queste parole, sebbene a prima vista non ne abbiano l'apparenza, costituiscono valido argomento in favore della nostra tesi, solo che si tenga presente qual'era il concetto di *rex* secondo i romani. Infatti come giustamente osserva CUQ ED. *Les institutions juridiques des Romains*, Tome I, Paris 1891, pag. 38. « Les romains avaient de la royauté une toute autre idée que les peuples modernes. Pour eux le roi, comme l'indique le mot REX et ses derivés REGERE, REGULA, est celui qui dirige, c'est-à-dire qui met l'ordre. Son devoir est d'ètablir et de maintenir l'ordre, soit entre les divers groupes, tribus, bourgs et familles qui composent la cité, soit dans les rapports de ces groupes avec les dieux; il est à la fois magistrat et prêtre.... Cette conception de la royaté a une consequence importante. Elle permet d'affirmer que les gentes et les tribus en se confèderant, n'avaient pas entendu se donner un maître.

(3) *Le droit public des Romains*, T. I, Paris 1887, pag. 216 seg.

partient le plus souvent absolument à un ou plusieurs jurés, et le magistrat n' a même pas, après leurs nomination, sauf dans des hipothèses speciales, la direction de la procedure. En revanche il exerce un ***haute activitè directrice,*** PARENTE DE L' ACTIVITÉ LEGISLATIVE, qui consiste à appliquer ou à étendre le droit national aux espèces concrètes particulières, soit par des instructions aux jurés *(formula)* ou des prescriptions adressées aux parties *(interdictum, decretum)* pour des espèces particulières, soit par des règles générales adressèes au public *(edictum)* ».

Ora che cosa è mai quest'*attività direttrice* PARENTE DELLA ATTIVITÀ LEGISLATIVA o come altrove è detto *potere* QUASI LEGISLATIVO, se non questo: che cioè il magistrato è, anzi, si può dire, *anche in questo caso* è un indagatore del diritto che non giudica, ma che COMANDA CHE SI GIUDICHI? Tanto è vero che CICERONE *De leg.* III, 3, 8 dice: IURIS DISCEPTATOR, *qui privata judicet judicarive iubeat, praetor esto:* is iuris civilis custos esto.

Al che perfettamente corrisponde l'espressione *ius dicere*, ossia DIRE, DETERMINARE, DICHIARARE *ius quod est*, non proprio nel senso dell' applicazione della legge, ossia della esecuzione di un comando della volontà del popolo o del così detto legislatore, ma come indicazione, accertamento e formulazione di quella norma che resulterà doversi applicare in quel caso e da detrarsi dalla legge in quanto questa ci sia e sia sufficiente, dall' *aequum et bonum* o da tutto l'ordine giuridico e politico costituito. Egli cioè deve stabilire e dire caso per caso *quid iuris est.* Ma anche quella che noi chiamiamo legge, e più generalmente il diritto costituito (legge e consuetudine nell'accezione comune di questa parola) non era che una parte accertata di tutto quel *ius* che volta volta bisognava indagare per trovare la regula da applicare al caso concreto. Per questo il magistrato pur non essendo legislatore era un *conditor iuris* (in quanto metteva assieme combinava i materiali che trovava nell' ambiente, in senso che parmi molto analogo a quello, che oggi nel campo della scienza giuridica dicesi costruire una teoria) e coll'opera sua *adiuvabat, supplebat* e *corrigebat*

il diritto costituito *propter utilitatem publicam* PAPIN. in fr. 7 § 1 de I. et I. 1, 1.

Ed è appunto questo *ius dicere* separato dal *iudicare* o, come dice MOMMSEN (1), « c' est la nomination de ce juré qui sépare profondément notre procedure tant de la justice criminelle que de la justice administrative, et c' est elle que désigne en première ligne, au sens strict, l' expression *juris dictio* (2).

Tale è e non altro può essere il senso di questo potere del magistrato che non è legislativo, ma dallo stesso Mommsen detto parente (in che grado?) del legislativo, o quasi legislativo, e che al tempo stesso non è di giudice nel senso moderno della parola.

Il magistrato rispetto al *ius* è, secondo me, quello che era il *sacerdos* rispetto al *fas*. Come questo (formalmente almeno) non crea, ma deve sapere indagare e dire che cosa è *fas* e che cosa è *nefas*, così il magistrato [che, del resto anche egli, a tutti quei riguardi che in certo modo potevano interessare la divinità doveva dire quale fosse la volontà di questa *(augurium)*] dovea *dire che cosa era ius* e che *cosa non era ius*. Perciò appunto la volontà, come tendenza immanente nei rapporti umani di attribuire a ciascun il *ius suum*, ossia di applicare il *ius* nel senso oggettivo, la *perpetua voluntas ius suum cuique tribuens* è la *iustitia*. E per questo anche L' ARTE d' indagare ciò che è *aequum et bonum* è considerata dai giureconsulti romani un SACERDOZIO *(non immerito quis nos sacerdotes appellabit)*.

Per tali ragioni il MAGISTRATO dovrà dire al suo entrare in ufficio con quali criteri, in che modo egli eserciterà l' uffi-

---

(1) *Droit public* etc., I, pag. 215.

(2) ULPIAN. Dig. 2, 1, 3: jurisdictio est etiam iudicis dandi facultas. C' est la forme de procedure la plus ancienne, aggiunge ivi MOMMSEN, et, du moment que l' on s' en écarte en quelque chose, par exemple si le procès est engagé entre un citoyen et un citoyen ayant droit à la protection des lois ou entre deux non citoyens de cette espèce, s' il n' est pas tranché par un seul juge, mais par plusieurs *(recuperatores)* on ne considère pas l' instance comme fondée directement sur la loi, mais comme reposant sur le pouvoir discrétionnaire du magistrat, sur son *imperium*.

cio, e questa sua facoltà, questo suo dovere si dice appunto *ius edicendi,* ossia diritto di far noto, di notificazione al *populus.* Esso cioè non è propriamente un diritto di comandare (1), e perciò si distingue dall'*imperium* benchè lo presupponga, tanto è vero che esso non solo non vincola i successori, ma per non meno di tre secoli non vincolò neppure colui che lo aveva emesso.

X. — Quel che di legislativo (potere quasi legislativo, funzione direttrice parente dell'attività legislativa) che vi vede MOMMSEN, ossia, che vi vedono tutti, sta in questo, che è pure un concetto particolare del diritto romano in confronto al nostro, più di quello che si crede, che anche la funzione normale e precipua di quello che noi chiamiamo il potere legislativo, ossia della legge, non è proprio [a meno che ed in quanto la natura delle cose esiga altrimenti (2)] di statuire il diritto, ma di accertarlo, di dichiarare quale

---

(1) *Edictum* cambia poi di significato in questo ultimo senso sotto lo impero per ragione molto ovvia e che è riprova di quello che noi abbiamo detto. MOMMSEN, *Droit Pubblic,* cit. III, pag. 253. « Une fraction essentielle de la compétence judiciaire du préteur est son droit de ne pas decider (decider in quel molto distretto e speciale senso sopra detto) seulment à titre isolè les litiges particuliers, mais de faire publiquement connaître aux interessés les règles selon les quelles il statuera ». Notisi però che quanto proprio alla funzione giudiziaria di decidere egli non statuisce niente e neppure decide, ma *ius dicit.* « En particulier, prosegue ivi MOMMSEN, l'édit que les préteurs rendaient, selon l'ancien usage, au moment de leur entrée en fonctions ou auparavant, est devenu, JUSQU'À UN CERTAIN POINT, EN VERTU DU RÔLE PRESQUE LÉGISLATIF EXERCÉ par le magistrat qui dirige la jurisdiction civile, UNE CODIFICATION PRÉTORIENNE du droit privé, À LA FOIS STABLE ET SOUMISE À UNE RÉVISION ANNUELLE. D'ailleurs, cette codification n'a pas un caractère generale ». Ma che può essere mai questo divenire « JUSQU' À UN CERTAIN POINT UNE CODIFICATION À LA FOIS STABILE ET SOUMISE À UNE REVISION ANNUELLE » e che non ha neppure « UN CARACTÈRE GENERALE » benchè implicante un « RÔLE PRESQUE LÉGISLATIF? » E che è tale, che per tre secoli, cioè fino alla *lex Cornelia* del 687, non vincolava neppure il pretore stesso all'osservanza di quell'editto che egi aveva emesso.

(2) Così ad es. il bisogno della certezza e della determinatezza del diritto è una delle cause principali e più frequenti, talora l'unica del valore formale della legge e talora della stessa disposizione della legge, come nel diritto formale la fissazione di termini fatali etc.

esso è, quale cioè esso è dato da tutti quei coefficienti che oggettivamente lo determinano e che solo in parte possono ricondursi alla volontà, ed in parte anche minore alla volontà cosciente del *popolo* (1).

---

(1) È pure al bisogno di determinatezza, di certezza e di sistematizzazione nel campo del diritto positivo che si deve, in epoche e presso popoli i più diversi e nei rami più disparati del diritto, il fenomeno così frequente di compilazioni di privati e quello del loro successivo assurgere a funzione di compilazioni legislative, che oltre ad essere state accolte con favore e venerazione sempre crescente nell' ambiente in cui sorsero, di cui spesso varcarono i confini attraverso lo spazio ed il tempo, ottennero anche non di rado pieno riconoscimento dallo stesso potere legislativo costituito. Ne sono esempj insigni il Codex Gregorianus e il C. Hermogenianus del IV secolo di C., non che sino ad un certo punto, in epoca molto più antica, il ius Flavianum e il ius Aelianum nel campo del diritto romano. Per la stessa ragione, principalmente ebbero la meritata fortuna e l' importanza a tutti note la raccolta di Dionisio l'Esiguo, che divenne poi il codice Dionisio-Adriano e più tardi nel XII secolo il celebre Decretum Gratiani. E fortuna e conseguenze pure notevoli e non del tutto immeritate ebbero anche le falsificazioni di materiali legislativi e sopratutto quella classica costituita dalla celebre raccolta Pseudo-Isidoriana nel campo del diritto canonico. E pure alla medesima causa sono dovute le sorti gloriose e l' importanza che ebbero il Sachsen- e lo Schwabenspiegel nel campo del diritto germanico; come in tutt'altro campo, tempo ed ambiente la recezione autentica, fatta, sotto forma di rinvio ad essa, prima da Augusto e poi da Antonino della *lex Rhodia de re nautica*, secondo che è riferito in fr. 9 de L. Rhodia de iactu 14, 2. Del quale vale la pena di riportare ciò che ivi dice in proposito in greco Volusius Maecianus *de lege Rhodia* e che tradotto in latino suona così: « Antonius dicit Eudaemoni. Ego orbis terrarum dominus sum, lex autem maris. lege Rhodia de re nautica res iudicetur, quatenus nulla lex ex nostris ei contraria est ». E sempre per la stessa ragione si spiega come la famosa Charte d' Oléron detta anche Rolles o Roulles des jugements d' Oléron opera di privato, a quanto comunemente si crede del XII secolo, fosse recepita nel 1364 in tutta la Francia e come essa per più secoli avesse nell' Europa occidentale valore quasi internazionale. E sempre nel campo del diritto marittimo esempi consimili ci offrono il Consolato del mar del 1370, circa, e il Guidon de la mere comparso verso la fine del secolo XVI nella Francia settentrionale, non che la recezione del diritto marittimo di Pisa per parte di Marsiglia nel XIII secolo e la di lui susseguente irradiazione nella Spagna. E fu pure finalmente il sopra detto bisogno di determinatezza, certezza e sistematizzazione nel campo del dirito posi-

Tale carattere le leggi del popolo romano ebbero tanto più spiccato, tanto più predominante quanto più si risale nella antichità, quando l'*ius* era *incertum* (nel senso in cui ciò dice Pomponio in cit. fr. 2 § 1 de orig. iur.). E per questo, io ritengo, le deliberazioni del popolo e dopo respettivamente della plebe in funzione legislativa furono dette *scita* e non *iussa*, nè *statuta*, nè *constituta* o *constitutiones*, mentre appunto anche nei classici, come ad es. in Tito Livio, si legge *scita ac iussa nostra*, *sciscere et iubere* (1).

---

tivo che, com'è universalmente ammesso, influì moltissimo a quell'assai più grandioso fenomeno che fu la recezione del diritto romano in Germania compiutosi nel XVI secolo. Esempi tutti questi che potrebbero moltiplicarsi, se per questo lavoro non fosse un fuori di luogo, e che a mio credere però meriterebbero di essere studiati assai più di quello che sino ad ora lo furono, poichè anche in rapporto all' interessante problema della formazione, delle fonti e per conseguenza, almeno sino ad un certo punto, delle finalità del diritto essi ci sarebbero fecondi di preziosi ammaestramenti, di savie resipiscenze dai traviamenti prodotti nella nostra scienza dall' influenza dei filosofi del diritto, in un senso o nell' altro sempre troppo aprioristici e, non per colpa loro, ma per necessità ineluttabile di cose, quasi sempre troppo ignoranti della materia stessa su cui vollero filosofare, ossia del diritto e del modo com'esso nella realtà visse e si sviluppò a traverso ai secoli. Da un tale studio, oltre che aversi a nostro parere conferma dei concetti da noi svolti in questo lavoro, si apprenderebbe anche quanto di vacuo ci sia in quel modo di concepire il diritto che fa capo a quel mito enigmatico che é la così detta *volontà del legislatore*.

(1) Una riprova abbastanza decisiva di questo nostro modo di vedere, così poco ortodosso, si può avere ponendo mente alla evoluzione che subirono, per quello almeno che ne sappiamo, le varie specie di fonti del diritto e la corrispondente loro terminologia. — Com' è fuori di dubbio e comunemente noto, *lex*, fra tutte le parole di significato più o meno affine (*scitum, iussum, constitutum, placitum, edictum, consultum* (senatus), *statutum, constitutio*), è quella che più esattamente corrisponde alla parola nostra *legge*, nel senso tecnico di espressione la più categoricamente imperativa e obbligatoria della volontà dell' imperante. Ed infatti noi troviamo che le XII Tavole, appunto perchè avevano in altissimo grado quel carattere, furono sempre chiamate *lex*. Non si dimentichi però che queste erano state il prodotto di una specie di rivoluzione e di una specie di costituente, e perciò una specie di legge statutaria, e costituiscono quindi una vera eccezione che non può che confermare la regola dai noi affermata. Al cominciare dell'epoca

E difatti il significato classico di *scitum* è *decretum* o *dogma*, ossia deliberato che è tale, non perchè così si vuole da chi comanda, da chi può imporre la propria volontà, ma

---

storica del diritto romano, ma probabilmente solo da quando, come dice T. Livius 7, 17, 12 « in XII Tabulis legem esse, ut quotcumque postremum populus iussisset id ius ratunque esset » (cfr. anche *lo stesso* 9, 34, 6), noi troviamo che lo *scitum populi* (di cui parla anche Festus ad *h. v.*) era ed era già chiamato *lex*, specialmente in opposizione al *plebiscitum* (Böcking *Pand.* ediz. II, vol. I § 13 pag. 22 nota 3: « *plebi* (= *plebei*) *scita*, non *plebis scita*, nè è *plebi* genitivo di un nominativo *plebus* che forse non ha mai esistito ». Ma ecco che quando i *plebiscita* (§ 5 I. de iur nat. 1, 2) « *non minus quam leges tenere coeperunt*, poterono anch' essi essere chiamati senz' altro *leges*. Zimmern *Gheschichte des röm Privatr.* vol. I, 1 § 20 nota 11 § 21 nota 12, Cic. *top.* c. 5; Gell. X, 20. — Al tempo di Tiberio, come dice Tacitus *Ann.* I, 15 « primum e campo comitia ad patres translata sunt ». Ora, come tra gli altri osserva Zimmern *loc. cit.* § 22, pag. 75 seg. « Sebbene già al tempo della repubblica le deliberazioni del senato fossero fonti generali di diritto (*allgemeine Rechtsquelle*), nessuna legge aveva riconosciuto ciò, e per tale ragione l'antica espressione « *censet* » si trova ancora nella forma dei senatusconsulti anche sotto gl' imperatori. Ed appunto perchè il senato non fu mai elevato dalla costituzione a potestà legislativa (zur gesetzgebender Behörde) rimase per un certo tempo (almeno teoricamente) dubbioso, fino a che punto la sua volontà fosse obbligatoria (Gaio I, 4: senatusconsultum est quod senatus iubet atque constituit, idque legis vicem optinet, *quamvis fuerit quaesitum*, e Ulpianus in fr. 9 de leg. 1, 3 « *non ambigitur* Senatum ius facere posse) ». Con altre parole, prosegue ivi Zimmern, le deliberazioni del Senato, alla pari di altre fonti del diritto che erano divenute tali, sol perchè come tali venivano osservate (die es erst durch Observanz geworden), avevano soltanto *auctoritas (observabantur)*; sebbene almeno al tempo di Gaio la loro forza obbligatoria fosse così universalmente riconosciuta, che egli attribuiva ad esse *legis vicem* e dava loro l' appellativo di *lex* (I, 85 dove con l' espressione *ex lege* cavetur viene designato il *SC. Claudianum*). Andamento analogo ebbe come fonte di diritto la volontà del principe (andamento di altrettanto accelerato di quanto rapido e completo fu il concentrarsi in lui di tutti i supremi uffici e poteri). La *oratio principis* prende infatti rapidamente il sopravvento sul senatusconsulto e si hanno ben presto le diverse forme d' estrinsecazione d' attività legislativa imperiale, che con termine generale sono dette « *constitutiones* ». Queste all' epoca della giurisprudenza classica sono già *lex*, sicchè Ulpianus può dire (fr. 1 § 1 pr. e de constit. princ. 1, 4): quod principi placuit legis habet vigorem....

perchè da tale si riconosce che è così o che deve essere così; ossia: che ciò è *bonum et aequum* (1).

Quodcumque igitur imperator per epistulam.... vel cognoscendo decrevit.... *legem esse constat.* haec sunt quae vulgo constitutiones appellantur ». Mentre esse del resto si trovano chiamate *leges* (novellae) già al tempo di Costantino. Onde può benissimo dirsi con Böcking *Pand.* vol. I, § 15, pag. 27 « die principes sind die energischsten *iuris conditores* ».

Da questo nostro breve riassunto appare gia abbastanza chiaramente, che ciascuna delle varie specie di fonti del diritto passate in rassegna ha avuto un periodo di adolescenza in cui propriamente di legge non aveva nè la forza, nè il nome, sino a che questo non venne ad essa conferito come conseguenza dell' acquisto di quella. E l' andamento, come abbiamo mostrato, fu tale, che l' impero di queste varie specie di fonti non fu contemporaneo, ma in ordine successivo, nel senso, cioè, che quando una di esse era nel suo pieno vigore, nel meriggio della sua esistenza, ve ne erano altra od altre che stavano declinando ed altra di cui era già cominciata l' ascesa per la quale questa a sua volta doveva arrivare a supplantare a poco a poco quella allora dominante. Quando i *populiscita* sono nel loro pieno vigore, sono, cioè, e son chiamati per eccellenza *leges*, cominciano i *plebiscita* che non lo sono ancora. E quando anche questi alla lor volta cominciano ad essere ed esser chiamati *leges*, i *populiscita* declinano, vanno, almeno in linea di fatto, scomparendo, mentre già cominciano i *senatusconsulta* che supplanteranno questi e quelli, ma che sono appena a tempo a culminare, a toccare l' apice della parabola segnata dai *populiscita* e dai *plebiscita*, perchè rapidamente sopraffatti dai *principum placita.* Anche in fatto di movimento evolutivo degli istituti politici può dirsi *motus in fine velocior.*

All' epoca di Cicerone e di T. Livio già da tempo si è chiuso definitivamente l' accennato ciclo evolutivo delle prime due categorie di fonti del diritto: dei *populiscita* e dei *plebiscita.* Tanto è vero che Cicerone *ad Att.* IV, 2, 3 (Orelli) contrappone *populi* JUSSU a *plebi* SCITU pur mettendoli sulla stessa linea, mentre poi il *populiscitum* viene chiamato sempre per antonomasia *lex* e nell' epoca della giurisprudenza classica ed a *fortiori* delle compilazioni giustinianee lo stesso è avvenuto a riguardo dei *senatusconsulta* e della legislazione imperiale. Quanto a quest' ultima nel senso che essa aveva ormai già da tempo culminato, ossia, preso completamente e per sempre il sopravvento, il dominio assoluto del campo legislativo.

Perciò, i due succitati scrittori, i loro contemporanei ed a fortiori quelli venuti dopo di essi potevano dire dei *populiscita* e dei *plebiscita*, i giureconsulti dell' epoca classica poteron dire di quelli e dei *sena-*

È questo il concetto più naturale, più vero, più impregiudicato e conseguentemente più elevato che possa aversi

---

tusconsulta e delle *constitutiones* o *principum placita*, che avevano tutte ugualmente *legis vigorem*, senza che ciò menomamente contraddica alla nostra tesi. Come appunto non vi contraddice che detti scrittori definiscano lo *scitum populi* (FESTUS ad *h. v.* — secondo BRUNS) « *[quod eum magistra]*tus patricius *[rogavit populusque suis suf]*fragiis IUSSIT, e *[plebi]*scitum — quod tribunus *[aedilisve plebis eam ro]*gavit, id est consu[*luit*, plebesque scivit] », e ATEIUS CAPITO in GELL. X, 20 « plebiscitum — est — LEX, quam plebes, non populus scivit », e, ivi, « LEX est generale IUSSUM populi aut plebis rogante magistratu ». V. anche AD HER. II, 13; e GAIO I, 3 « LEX est, quod populus Romanus IUBET ATQUE CONSTITUIT ». § 4 Inst. de iure nat. 1, 2.

Se dunque dal tempo in cui, sul finire dell' epoca classica della giurisprudenza romana, il periodo evolutivo di sviluppo del diritto, come del resto press' a poco quello stesso della potenza di Roma, ha toccato l' apice e comincia la decadenza, essendosi anche già da parecchio tempo la potestà legislativa completamente e definitivamente concentrata nell' imperatore, noi risaliamo indietro verso l' epoche più antiche, non possiamo a meno di constatare come fenomeno costante ed indefettibile il fatto or ora accennato. Che cioè tra gli organi che in un dato periodo compiono la funzione di fonti del diritto ve ne ha sempre uno (corrispondente, per così dire, al centro di gravità politico della costituzione dello Stato in quel dato momento storico) che prepondera su tutti gli altri, dei quali taluni avendo già varcato l' apice della parabola vanno declinando e scomparendo, altri invece stanno formandosi, prendendo piede, con tendenza a supplantare la forma allora dominante. In altre parole, tra le fonti del diritto ve ne è sempre qualcuna che non lo è ancora, ma che sta per divenire veramente tale, che si trova cioè in un periodo che possiamo dire di adolescenza e che rappresenta perciò come la superficie fluttuante, di germinazione del diritto d' ultima formazione, mentre il prodotto delle altre fonti già adulte o declinanti costituisce come le stratificazioni più profonde, di materiali fissi, divenuti tali per effetto della selezione esercitata su di essi dal decorso del tempo, che già per sè stesso in fatto di leggi e consuetudine specie tra i popoli primitivi costituisce la forma di conservazione più efficace e più ancora dall' opera costante, illuminata, sagacissima dei magistrati e dei *prudentes*. Perciò questa parte del diritto costituito, questa somma dei prodotti dell' attività legislativa degli antichi, specialmente per ciò che si riferiva ai *populiscita* (leges) ed ai *plebiscita* doveva apparire per ciò che ne restava di vivo ai tardi posteri, come quello che di più categoricamente e solennemente imperativo e di più venerando poteva immaginarsi nel campo legislativo.

e che i romani effettivamente ebbero di quella che noi chiamiamo la funzione legislativa e che comunemente per

---

E perciò quelli *scita populi* e *plebis* non potevano essere concepiti e definiti che come veri *iussa* e *constituta* populi. E lo stesso poi in sostanza avvenne, come abbiamo visto, a riguardo dei *senatusconsulta*. Ma in realtà quella specie di consolidamento che si era avuto nel materiale giuridico scaturito da quelle fonti, quella sua imperatività categorica (che in ogni modo non fu mai tanto forte da non tollerare quel processo di continua integrazione, e di correzione a cui lo sottoponevano di continuo in modo più diretto i magistrati e sebbene in modo meno diretto, ma quasi altrettanto efficace i giurisperiti) non erano ad esso congeniti, ma l' effetto successivo del decorso del tempo e degli altri coefficienti legislativi storici e d'ambiente or ora accennati. Lo stesso fenomeno di selezione e di conseguente consolidamento si era avuto mutatis mutandis a riguardo dei *senatusconsulta* e sino dalla loro prima comparsa in forma assai più spontanea, automatica a riguardo del *prodotto* degli *edicta magistratum* e dei *responsa prudentium*, che mano mano si era amalgamato con tutto l'altro materiale giuridico ora detto, contribuendo ad organizzarlo a sistema, del quale esso oltre che nobilissima parte integrante ne aveva costituito come la materia agglutinante, una specie di tessuto connettivo con innervazioni in tutto il complesso organismo, come ne fa fede anche la costituzione stessa e la distribuzione, non che la proporzione delle materie dell' *Edictum Perpetuum* Adriano-Giulianeo ed il fatto che gli stessi collaboratori di Giustiniano nelle loro compilazioni non altro di meglio sepper fare quanto all' ordine delle materie che seguire più o meno fedelmente l'ordine dell' editto stesso. Da tutte le quali considerazioni facilmente si comprende come nell' epoca classica ed a più forte ragione in quella giustinianea tutto il così detto diritto scritto, o meglio il *ius quod ex scripto venit* (che come già spiegammo e come anche dalle cose or ora dette ancor più chiaramente si rivela non corrispondeva più al *ius ex scripto* dell' epoca più antica a cui si riferisce Pomponio, v. sopra pag. 12 e seg.) apparisca costituito da quelle famose categorie di fonti *lex, plebiscita, senatusconsulta, principum placita, edicta magistratum* e *responsa prudentium*, che esse da Giustiniano (§ 3, I. de iure nat. 1, 2) ci vengono presentate come aventi tutte la stessa forza di legge delle leggi imperiali, ossia, dato il concetto orientale bizantino della potestà imperiale, della legge nel senso tecnico odierno della parola. Ma se ciò era vero per quel tempo e per quello di poco anteriore, non era ugualmente vero per tutto quello assai più lungo della evoluzione più che millenaria precedente, alla quale noi nel nostro testo ci riferiamo.

(1) Dice infatti Cicerone *de legibus* I, 6, 18 « lex est ratio summa, insita in natura, quae iubet ea quae facienda sunt, probibetque con-

i pregiudizi di cui ci hanno imbevuto i filosofi, e specialmente i filosofi del diritto, vuolsi esclusivamente od almeno in misura molto esagerata ricondurre alla volontà collettiva, alla volontà dei rappresentanti il popolo, a quel mito indefinibile, a quella sfinge che è la volontà del legislatore.

Inteso così l'originario significato di *populi* SCITUM e di *plebis* SCITUM si comprende come in epoca già abbastanza antica potesse avvenire che il *plebis* SCITUM, ossia ciò che era stato dichiarato IUS o deliberato, perchè considerato costituire realizzazione dell'*aequum et bonum* potesse valere per tutto il *populus*, costituire *ius* senza che la *plebe* avesse preso addirittura il sopravvento nello Stato, senza che cioè menomamente si avesse quello che con frase di moda si suole chiamare da taluni governo di classe, che in questo caso sarebbe stato governo di classe plebea. Come invece avrebbe dovuto necessariamente aversi se *scitum* piuttosto che parere, opinione su ciò che resultava DOVERSI FARE, essere conforme al *bonum* e all'*aequum* che si facesse, avesse significato atto di volontà che come tale una parte del popolo impone all'universalità di esso. È però ovvio comprendere che questi SCITA *populi* od anche semplice-

---

traria. EADEM RATIO quum est IN HOMINIS MENTE CONFIRMATA ET CONFECTA, LEX EST ». E poco sopra lo stesso CICERONE (op. cit. I, 5, 15) dopo aver premesso di volere indagare (quaeramus) « iisdem de rebus aliquid uberius, quam forensis usus desiderat », dice: « Non ergo a praetoris edicto, ut plerique nunc, NEQUE A XII TABULIS ut superiores, SED PENITUS ex intima philosophia hauriendam iuris disciplinam putas.... Natura enim iuris explicanda est nobis, EAQUE ab hominis repetenda natura ». E poco appresso (op. cit. I, 16, 43) « Quod si populorum IUSSIS (non SCITIS, ciò che conferma la nostra osservazione), si principum decretis, si sententiis iudicum iura constituerentur: ius esset, latrocinari; ius, adulterare; ius, testamenta falsa supponere, si haec suffragiis aut SCITIS moltitudinis PROBARENTUR ». Dove si dice SCITIS perchè qui il deliberato della moltitudine si prende nel senso di giudizio di valutazione e di dichiarazione di conformità a giustizia, di approvazione (probarentur). Tanto è vero, che continuando su questo tono poco dopo aggiunge: « aut cur, quum ius ex iniuria lex facere possit, bonum eadem facere non possit ex malo? ... Nec solum ius et iniuria natura diiudicantur, sed omnino omnia honesta et turpia ». Ibid. 18, 48 « Per se igitur ius est expetendum ».

mente *plebis*, appunto perchè erano l' espressione del sentimento dell' universale o di tanta parte di questo, avessero praticamente ben presto, forse sin dall' origine forza pari, nella sostanza forse maggiore, di quella che hanno nel concetto odierno lé leggi. Era proprio il caso di dire *vox populi vox Dei.*

Ma questi *scita* che avevano per sè l' immensa autorità e la forza di un deliberato del popolo, appunto perchè concepiti non nel senso odierno di legge, ma nel senso vero primitivo di *scitum* or ora spiegato, non escludevano che i *praetores* introducessero mano mano il loro *ius praetorium* ADIUVANDI VEL SUPPLENDI VEL CORRIGENDI IURIS CIVILIS GRATIA (fr. 7 § 1 D. de iust. et iure I, 2) pur non avendo potere legislativo, e ricorrendo anche a mezzi come ad es. le *fictiones*, che sono un modo del tutto cosciente e abbastanza esplicito di disapplicare in un senso o nell' altro il diritto costituito.

E così ISID. *Orig.* V, 3, 2 potè dire che la « *consuetudo ius quoddam moribus institutum pro lege suscipitur, cum deficit lex; nec differt, scriptura an ratione consistat,* QUANDO ET LEGEM RATIO COMMENDAT.

Ma se tale, come or ora dicemmo, fu il modo d' intendere la *lex*, lo *scitum populi* o *plebis* dopo che da secoli la compage dello Stato romano facendosi sempre più serrata ed omogenea aveva fatto scomparire i gruppi politici primitivi dalla cui aggregazione era costituito in origine lo Stato, le *gentes*, è facile immaginare, quanto più ristretto avesse dovuto essere, prima assai di quell' epoca, il campo su cui poteva esplicarsi l' attività legislativa del *populus*, della quale la forza e la intensità entro quello stesso più ristretto campo dovette essere stata risalendo indietro di altrettanto minore di quanto era stata maggiore l' importanza politica della *gens* (1).

Queste *gentes* che al loro primo avvicinarsi erano gruppi politici molto analoghi a quello che più tardi fu lo Stato, che ebbero per lungo tempo in esso anche un territorio

(1) V. CUQ. op. cit.

proprio, una sede, che avevano tradizioni proprie, che furono ed anche poi per alcune si fecero ancor più gloriose, che avevano *sacra* e dêi proprî e che erano portate ad aggrupparsi, ad avvicinarsi, fondersi per poi solo dopo secoli completamente confondersi, forse più che da naturale tendenza a formare uno Stato più grande, da forza esteriore centripeta, dalla pressione anche materiale che dal di fuori esercitano su di esse i popoli e le razze limitrofe (1), dovettero necessariamente avere ciascuna anche una specie di diritto proprio, direi quasi interno, che non può non avere sopravvissuto per qualche tempo e per non pochi rapporti a quel loro primo unirsi in popolo, in *civitas*. Onde senza dubbio nei primi tempi di questa devesi necessariamente aversi avuto il coesistere, specialmente nel campo del diritto privato, nei rapporti interni tra gli individui della *gens*, di un diritto proprio che potrebbe dirsi particolare (come appunto nelle confederazioni di Stati od anco negli Stati federali) e del diritto comune, della *civitas*, andatosi formando a poco a poco con la tendenza di quello a scomparire o meglio a fondersi in tutta la sua parte migliore e più vitale in quello della *civitas*. E molto probabilmente io penso, quello veramente fu in origine il *ius gentium*, che dovette essere più o meno uniforme ed omogeneo quanto più o meno uniformi erano tra di loro le *gentes* stesse, e l' altro il diritto comune, della *civitas*, delle *curiae*, fu il *ius civile* o *quiritium*.

Questo *ius* delle *gentes*, che certamente dovette corrispondere ai *mores*, dai quali, parecchi secoli appresso e con quel diverso significato che il cambiato stato delle cose importava, Gaio diceva che in parte *populi reguntur*, specialmente dal punto di vista formale dovette ben presto cedere il posto al *ius civile* (comune delle *curiae, quiritium, civile* ossia della *civitas*) non appena l' unità politica e sociale dello Stato si andò cementando. Così si spiega come al primo affievolirsi del *ius* delle *gentes*, ciò che dovette

(1) Di che fa prova lo stato di guerra continua in cui fin da principio si trovarono i romani coi loro vicini.

avvenire assai per tempo, si avesse per un certo periodo uno stato d'incertezza (il *ius incertum*). Stato d'incertezza che necessariamente doveva tendere ad aggravarsi e che perciò portò alla prima grande codificazione (che può dirsi fu anche l'ultima del genere, appunto perchè originata da una condizione giuridica che non si ripetè più) e *unificazione* del diritto che fu la legge delle XII Tavole dalle quali infatti secondo l'appropriatissima quanto finamente elegante espressione di POMPONIO (1) *fluere coepit ius civile.* Legge che infatti fu ottenuta per volontà e forza della *plebe*, ossia di quella parte del popolo che costituiva l'antitesi dell'elemento gentilizio e rappresentava nello Stato il principio di omogeneità e di unitarismo in opposizione a quel certo particolarismo che non poteva non esserci anche nei rapporti del diritto nelle *gentes* (2). Ed è certo più in questo senso di unificazione del diritto, di eliminazione del sopradetto particolarismo del *ius* delle *gentes*, che in quello che esse avessero stabilito l'uguaglianza tra i patrizi e i plebei che a riguardo delle XII Tavole troviamo le espressioni: *aequandae libertatis* (LIV. III, 31), *iura aequasse* (eod. 34), *aequandarum* LEGUM *causa.*

Comunque sia di ciò, è un fatto universalmente noto, indiscusso e indiscutibile che l'*ius civile*, che, secondo l'espressione di POMPONIO, COMINCIÒ a fluire dalle leggi delle XII Tavole, come sempre il diritto costituito presso i romani, per tutta almeno l'epoca sua più gloriosa ammise e subì colla più completa consapevolezza di tutto l'ambiente politico e sociale quell'opera di esplicazione, integrazione e correzione che in modo così largo, incessante e provvidamente efficace esercitarono su di esso i magistrati e i giurisperiti, opera inspirata e sorretta dalla coscienza giuridica del popolo che si andava progressivamente integrando ed

(1) Cit. fr. 2 § 1.

(2) Fu infatti il trionfo dei plebei, che portò al trionfo dell'individualismo e più tardi al principato; fenomeno tutt'altro che infrequente nella storia e pur sempre o quasi dimenticato od ignorato dai sedicenti sociologi più o meno pretenziosamente filosofanti nel campo della storia e del diritto.

umanizzando con il continuo venire dei romani a contatto con i popoli più diversi della terra.

Onde questo processo di formazione e di svolgimento del diritto romano piuttosto che come successiva sovrapposizione di materiali che vadano ad aggiungersi ad un primo nucleo per formare come per via di sovrapposizione e conseguente stratificazione una massa inorganica, fissa, quasi cristallizzata, può assai convenientemente equipararsi alla vita di un essere organico, di una pianta. Dove, cioè, quella medesima energia organica per la quale la pianta stessa nasce, si sviluppa, si ramifica ed in ogni senso si espande, traendo da questo suo stesso espandersi nuove energie, anima ugualmente dalle radici più profonde alle vette più eccelse l' intero organismo e vi diffonde e mantiene la vita mediante un continuo processo di assimilazione e di ricambio, di ininterrotto rinnuovamento ed adattamento al tempo ed all' ambiente, senza che per questo la pianta perda alcuno dei suoi caratteri specifici, nei quali anzi sempre più marcatamente si affermerà la sua poderosa individualità.

Il diritto romano in altre parole, anche in quella parte di esso che i romani dissero venire *ex scripto* e di questo anche in quella stessa parte che era diritto scritto nel senso odierno, di diritto immediatamente emanante dall' organo del potere legislativo, non ebbe mai quel valore rigorosamente, direi quasi sostanzialmente formale che noi attribuiamo o ci sforziamo di attribuire, talora anche al di là di ciò che la ragion d'essere stessa del diritto e la natura delle cose consente, alla legge. Chè anzi anche nella parte costituita da questa il diritto romano, come in ogni altra sua parte, fu sempre nel modo il più consciente considerato soggetto ed effettivamente sottoposto ad una specie di continua revisione, col massimo possibile rispetto alle forme. Opera di continuo, sapiente, spesso quasi automatico e spontaneo rinnuovamento mirabilmente conciliato con un provvido spirito conservativo, per cui potrebbe dirsi che quello che noi chiamiamo il valore formale della legge era formalmente sempre rispettato, mantenuto, mentre lo

spirito di essa continuamente si rinnuovava e si vivificava. Perciò nessuna legge ebbe mai bisogno di essere abolita, e quella stessa delle XII tavole non fu mai abrogata, benchè essa segnasse per il diritto romano, per lo stesso *ius civile* un punto di partenza tanto diverso dal punto di arrivo, ossia da quello che fu quello stesso diritto nel punto culminante del suo svolgimento.

XI. Da tale modo di essere e di concepire il diritto positivo scritto nel senso odierno, o come suol dirsi la legge, parmi facile l' indurre quale fosse il modo di concepire il diritto consuetudinario, che a torto suole in generale essere identificato col diritto non scritto, di cui invece esso secondo gli stessi giureconsulti romani non è che una parte, per i romani neppure la più considerevole.

Questo così detto *diritto non scritto*, come porta la dottrina comune, non altro sarebbe che « quello che si forma da sè pel consenso comune dei consociati e si conosce più propriamente sotto il nome di diritto consuetudinario (1) ».

---

(1) F. SERAFINI, Istit. loc. cit. pag. 3. Se tutto il diritto positivo potesse ricondursi alla volontà umana, volontà del legislatore per il diritto scritto e volontà dei consociati (o degli utenti utentium) per il diritto non scritto, dovrebbe per necessità aversi che nei regimi assoluti, tirannici, dove la sola volontà dell' autocrate impera (sia esso un tiranno, sia un' oligarchia o sia lo stesso popolo tirannicamente sovrano) non dovrebbe essere possibile altro diritto che quello emanante dalla volontà del legislatore, ossia di quel tale tiranno. È per una tale catena logica che, partendo appunto dalla detta teoria comune, il FRIEDBERG nel *Trattato di diritto ecclesiastico* ediz. italiana trad. e annot. da F. RUFFINI, Torino 1893, § 43, n. 2, pag. 209, è portato ad affermare a mio credere erroneamente, che: « Mentre il diritto consuetudinario secolare riposa sulla coscienza giuridica del popolo, quello ecclesiastico per contro non può considerarsi come un frutto della coscienza giuridica dei membri della Chiesa. Poichè ciò urterebbe contro il principio della chiesa cattolica, che i laici non possono dare norme in materia ecclesiastica ». Quasi che la forza del diritto consuetudinario laico derivasse dal fatto che quei tali privati che compongono il populus avessero facoltà di dare norme giuridiche. « Al clero prosegue ivi il FRIEDBERG, spetta la potestà di emanare il diritto consuetudinario; onde accade che il diritto consuetudinario ecclesiastico non presenta già un' analogia col diritto emanato dal popolo, ma con quello emanato dai giuristi ». Come se i

« *Ex non scripto ius venit*, dice Giustiniano in quel suo famoso passo delle istituzioni (§ 9 de Ius nat. 1, 2) che forma la pietra angolare della teoria comune, ***quod usus comprovabit, nam diuturni mores consensu utentium comprobati legem imitantur*** ».

Nel Digesto lo stesso Giustiniano tratta questo medesimo argomento in un modo assai più diffuso, dedicando ad esso parte del titolo III (libro I), che appunto ha per rubrica. « ***De legibus senatusque consultis et*** LONGA CONSUETUDINE ».

Quivi il primo e più interessante frammento in materia è costituito dal famoso passo di IULIANUS libro LXXXIV digestorum (fr. 32, pr. § 1 h. t.): « ***De quibus causis scriptis legibus non utimur, id custodire oportet, quod moribus et consuetudine inductum est: et si qua in re hoc deficeret, tunc quod proximum et consequens ei est: si nec id quidem appareat tunc ius, quo urbs Roma utitur, servari oportet*** ».

Sin qui non abbiamo che una disposizione del genere di quella del 1° alinea dell'art. 3 delle disposizioni sulla pubblicazione etc. del nostro codice civile, con la differenza che GIULIANO dice che in mancanza di legge scritta si debba ricorrere a ciò « quod moribus et consuetudine introductum est. » Solo quando un tale rimedio faccia difetto (si qua in re hoc deficeret) si dovrà ricorrere a ***quod proximum et consequens est***, che in un certo senso corrisponde a quello che il nostro legislatore pone invece subito in prima linea, dicendo « si avrà riguardo alle disposizioni che regolano materie analoghe ».

Ove manchi anche questo scampo, dice Giuliano (si nec id quidem appareat) allora « ***ius quo urbs Roma utitur, servari oportet*** ». Nulla di simile avrebbe potuto dire il nostro legislatore, e se ciò potè dire GIULIANO si spiega col fatto che in questo punto dei suoi ***Digesta*** egli trattava di

---

giuristi nella formazione del diritto in genere e di quello consuetudinario in ispecie entrassero in veste formalmente, giuridicamente e politicamente diversa da quella dei privati, come per il ragionamento di Friedberg bisognerebbe necessariamente ammettere, affinchè date quelle premesse potesse farsi quel tale raffronto dei giuristi con il clero.

una legge di diritto pubblico che non si applicava a Roma. Il che però non toglie che il testo così inserito nel Digesto di Giustiniano costituisca a questo riguardo una vera stranezza (1).

Il legislatore italiano invece stabilisce che « quando mancano le disposizioni che regolano casi simili o materie analoghe, si deciderà secondo i principî generali di diritto ». Alla consuetudine non è fatto alcuno speciale richiamo, ma come è facile comprendere, comandare al giudice in tali condizioni (mancanza di disposizioni precise di legge o di disposizioni che regolano casi simili o materie analoghe) di decidere il CASO SINGOLO, PRATICO secondo i principî generali di diritto equivale a dirgli s' aiuti come meglio potrà e saprà. E il meglio che tal giudice potrà fare sarà appunto di seguire il consiglio di Giuliano, uniformandosi sinchè potrà al *mos* e alla *consuetudo.*

Assai più importante però è per noi la seconda notissima parte del citato frammento:

---

(1) A. PERNICE nella sua citata memoria: *Zum römischen Gewohnheitsrecht* (Parerga X) pag. 155 (dell'estratto pag. 31) dice « da ciò (ossia dalle parole *ius. quo urbs Roma* etc.) appare chiaro che qui si tratta del modo di regolare rapporti fuori di Roma e d'Italia, ossia nelle Provincie. Giuliano in questi libri illustra la legge Papia Poppea. In questo passo parla probabilmente del modo di liberarsi da onerosi ufficî delle comunità e da *Gemeindefronden.* È un noto capitolo della legge Papia. È possibile che i compilatori abbiano soppresso frasi che si riferivano a tali rapporti, imporecchè essi anche qui volevano che quel passo avesse significato generico, di principio generale. Ciò resulta dal fatto che la regola che si dovesse prendere per norma il diritto della città di Roma (Römisches Stadtrecht), ossia l' *ius civile*, è stata adottata per principio nella const. *Deo auctore* (C. 1 § 10 de vet. iure en. 1, 17): vel longa consuetudo huius almae urbis comprobavit, SECUNDUM SALVII IULIANI SCRPTURAM, QUAE IUDICAT DEBERE OMNES CIVITATES CONSUETUDINEM ROMAE SEQUI, quae caput est orbis terrarum, non ipsam aliae civitatis. Romam autem itelligendum est non solum veterem, sed etiam regiam nostram, quae Deo propitio cum melioribus condita est auguriis ». Così quel passo di Giuliano che si riferiva a speciali rapporti di diritto pubblico ed alla *inveterata consuetudo* nel campo di detto diritto per quella sua collocazione nel Digesto viene a riferirsi a tutto in genere il diritto, e Roma diventa Bisanzio!

« *Inveterata consuetudo pro lege non immerito custoditur, et hoc est ius quod dicitur moribus constitutum* (1) *nam cum*

---

(1) Una prima domanda che sorge spontanea dall' esame di questo e di altri testi romani consimili, si è: in che rapporto stanno tra di loro il *mos* od i *mores* e la *consuetudo?* Infatti queste due espressioni molte volte si trovano messe l' una accanto all' altra, come rispondenti a due diversi concetti o categorie più o meno affini di fonti del diritto, talora trovansi adoperate come sinonime, l' una per l' altra, mentre infine qualche volta, come in questa seconda parte del testo in esame, sembra che il *mos* costituisca l' elemento intrinseco, ideologico (il convincimento del populus) del diritto consuetudinario, mentre *consuetudo* ne significherebbe l' elemento estrinseco o materiale, ossia quell'insieme di circostanze esterne per le quali il *mos* si rivela e si afferma.

Il PERNICE nella sua citata monografia (*Parerga* X — *Zum römischen Gewohnheitsrechte*) pag. 4 [128] dice « dass — Gewohnheitsrecht und alte Sitte immer scharf auseinander gehalten worden wäre lässt sich allerdings schwerlich behaupten ».

A nostro credere il *mos* dei romani puó definirsi, come quella norma alla condotta umana che in un dato rapporto sociale di qualsiasi natura corrisponde al convincimento od anche semplicemente al sentimento dell' universale, estrinsecatosi in un uso, costante, più o meno inveterato ed esteso a tutto quel determinato ambiente sociale. Quando la materia a cui quel dato convincimento, quella tale norma si riferiscono è di natura giuridica e la forza di quel convincimento è tale da assicurare alla norma stessa la sanzione politica propria del diritto positivo, allora tal norma viene a costituire diritto consuetudinario ed è allora che *mos* e *consuetudo* possono essere espressioni sinonime. In altre parole *mos* sarebbe un genere, di cui *consuetudo* sarebbe una specie. E perciò quella parola può essere adoperata invece di questa, quando per una qualsiasi circostanza, che può essere anche di semplice posizione nel discorso, resulti che si tratta di un *mos* o di *mores* in funzione giuridica.

Ma tal parola non solo ha in confronto a *consuetudo* quel significato più lato, generico or ora detto, ma anche isolatamente presa accenna assai più direttamente che *consuetudo* all' elemento ideologico, al momento psichico. Appunto per questo i latini giuristi e non giuristi parlano assai spesso di popoli « *qui legibus et* MORIBUS *reguntur* ». Dove il dire invece CONSUETUDINIBUS già per le ora dette ragioni non sarebbe appropriato. Inoltre è pure da osservare che *mos, mores* è parola che si presta anche per indicare quelle correnti più o meno complesse e persistenti del sentimento comune o della pubblica opinione che determinarono il sorgere di interi istituti giuridici, alle quali non si potrebbe dare l' appellativo di *consuetudine*. Così, ad es. PAULUS *l. XVI ad Sabinum* in fr. 19 de capt. et postl. 49, 15 dice: « Postliminium est....

ipsae leges nulla alia ex causa nos teneant, quam quod iudicio populi receptae sunt, merito et ea, quae sine nullo scripto populus probavit, tenebunt omnes: nam quid interest suffragio populus voluntatem suam declaret an rebus ipsis et factis? quare rectissime etiam illud receptum est, ut leges non solum suffragio legislatoris, sed etiam tacito consensu omnium per desuetudinem abrogentur ».

Ciò che intanto qui importa specialmente di constatare si è che per diritto romano la *consuetudo* è fonte di diritto alla pari della legge, e che la ragione ne è, secondo però quello che dicono GIULIANO e GIUSTINIANO, che ad essa corrisponde quel medesimo *iudicium populi* per cui le *leges receptae sunt*, essendo indifferente che il popolo *suffragio voluntatem suam declaret an rebus ipsis et factis* (1).

---

inter nos ac liberos populos regesque MORIBUS legibus constitutum », ed ULPIANUS *l. VI ad Sabinum* in fr. 2 pr. de vulg. et pupill. subst. 28, 6, che: MORIBUS INTRODUCTUM est, ut quis liberis impuberibus testamentum facere possit, donec masculi ad quattuordecim annos perveniant ». In questi ed in altri casi consimili dei quali abbiamo molti esempi l'espressione *consuetudo* non avrebbe potuto adoperarsi in luogo di *mores* senza una grave improprietà.

Inoltre *mos, mores* può molto propriamente usarsi anche per significare un dettame o precetto di diritto emanante, come sopra abbiamo spiegato, dalla coscienza del populus, di contenuto negativo, proibitivo. Al che invece non si presta la parola *consuetudo*, come quella che risponde ad un concetto che implica una serie di atti positivi, un modo di agire o di comportarsi del popolo o di data parte di esso *(utentium)* a riguardo di determinati rapporti. Perciò ULPIAMUS *l. XXXII ad Sabinum* in fr. 1 de don. i. v. et u. 24, 1 dice, che: « MORIBUS apud nos *receptum* est, NE inter virum et uxorem donationes valerent ». È infatti quasi inutile avverrtire che la *desuetudo* come forma di abrogazione della legge, ricordata da GIULIANO nel famoso fr. 32 § 1 in f. de legibus 1, 3, non è già una consuetudine di contenuto negativo, ma il venir meno della forza obbligatoria di una norma di diritto positivo (scritto o non scritto), il che è cosa assai diversa e che perciò non contraddice menomamente al nostro asserto.

(1) Analogo, ma tutt'altro che indentico, è il concetto espresso in fr. 35 de leg. 1, 3 da HERMOGENIANUS *l. I iuris epitomarum:* Sed et ea, quae longa consuetudine comprobata sunt ac per annos plurimos observata VELUTI TACITA CIVIUM CONVENTIO, non minus quam ea quae scripta sunt iura servantur ». È infatti fuori di dubbio, dopo quello che abbiamo

Quindi, dato che, come porta la *communis opinio*, tutto il diritto positivo non ad altra fonte facesse capo che alla *legge* (così detto: *ius scriptum*) e alla *consuetudo* (così detto: *ius non scriptum*) e questa e quella al *consensus populi* (o *utentium*), bisognerebbe inferirne che la base esclusiva, ossia la fonte prima ed ultima del diritto è la *voluntas populi*.

Ciò per fortuna non corrisponde alla realtà, che come sempre è qualche cosa di più complicato e grandioso. Nè così grettamente la intesero i giureconsulti romani, che tra gli altri loro grandissimi pregî ebbero quello di non perdersi nelle astrazioni.

Lo stesso Giustiniano infatti, poco appresso in fr. 40 eod. t., dichiara con parole di MODESTINUS *l. I regularum:* Omne ius aut CONSENSUS FECIT aut NECESSITAS CONSTITUIT aut FIRMAVIT CONSUETUDO.

Dove con semplicità, eleganza ed efficacia di forma veramente ammirabili e pari alla chiarezza ed alla profondità

---

già detto, che « *ea quae scripta sunt iura* » non sono soltanto le leggi, o *ius scriptum* nel senso tecnico odierno, ma tutto il *ius* QUOD EX SCRIPTO *venit* nel senso materiale e perciò non tecnico e più lato della parola già visto. E su quella *specie di (velut) tacita civium conventio* riposa la forza della *consuetudo* non tanto per quella stessa ragione per cui il consenso è la base del vincolo che obbliga gli uni verso gli altri i contraenti, ossia quelli che a tale consenso parteciparono, sicchè cioè essi sono obbligati perchè consentirono, ma piuttosto perchè quel tacito e perseverante concordare dei *cives* in quella data norma è prova della sua fondatezza, dell' essere essa *ius*, come sarebbe avvenuto e come anzi ancor più spesso suole accadere per il convenire, per il concordare dell' opinione dei *prudentium*. Ciò che apparirà speriamo anche più evidente più avanti. PERNICE nel suo scritto cit. pag. 3 [128] dice che questi scarsi accenni teorici delle fonti, in materia di consuetudine si sono avuti « erst in späterer Zeit und die Aeusserungen darüber haben einen unverkennbaren philosophischen Anstrich ». Per parte mia ritengo, come spero di riuscire a dimostrare con questo mio lavoro, che questo « philosophischer Anstrich » sia più che altro un illusione dei romanisti, che nell' interpretare i testi relativi al nostro argomento si sono lasciati influenzare da preconcetti aprioristici dominanti nella così detta filosofia del diritto, e che invece i romani ebbero la chiara visione del fenomeno della formazione del diritto assai più di quello che comunemente si crede.

dei concetti, il *fecit* ci esprime innanzi tutto il carattere, che appunto io non saprei chiamare meglio che fattizio (1), del diritto che è opera del consenso, ossia della volontà cosciente dei consociati e quindi costituito da una volizione comunque estrinsecata dei consociati stessi, ed in secondo luogo il conseguente valore formale di tale specie di diritto. Il *constituit (necessitas)* invece con non minore chiarezza ed eleganza ci significa che il diritto che emana dalla *necessitas*, non da altro trae la sua forza che da questa. Qui, cioè, la *voluntas*, il *consensus populi* od *utentium*, la *tacita civium conventio* non c'entrano per nulla, non d'altro trattandosi che della legge di necessità (intesa nel più largo senso della parola) in funzione giuridica (2). Ciò che al tempo istesso ne significa che un tal diritto nulla può avere di fatticio, nè di quello che noi diciamo essere il valore formale della legge.

Il FIRMAVIT *consuetudo* infine c'insegna, ciò che fu sempre troppo dimenticato, che *consuetudo* piuttosto che essere causa efficiente del diritto è solo un modo per cui esso si afferma, rivela cioè la sua esistenza, sì che la consuetudine è, come alcuni giuristi anche moderni affermarono, piuttosto

---

(1) Fattizio, ben s'intende, in un senso più che altro relativo ossia in confronto al *ius* delle due altre categorie enumerate da MODESTINO.

(2) Un esempio della *necessitas*, che nel campo del diritto pubblico e precisamente nel legislativo importa e giustifica un grave cambiamento, ci è dato da POMPONIO nel notissimo passo fr. 2 § 9 de orig. iur. 1, 2 « necessitas ipsa curam reipublicae ad senatum deduxit ». Si capisce che ciò vale del pari per il diritto privato, dove anzi assai spesso ciò che determina il formarsi, il modificarsi o la scomparsa di una norma giuridica può essere anche la semplice *utilitas* (intesa s'intende molto largamente), come diremo poco appresso. Il FERRINI *Pand.* § 18, pag. 26, osserva che la *necessitas* del cit. fr. 40 Dig. 1, 3, che ivi, come anch'egli dice, « si pone pure fra le fonti del diritto », è da riferire « specialmente al diritto pubblico ». Quand'anche ciò fosse vero, mentre non è nè dimostrato, nè probabile, la nostra argomentazione conserverebbe tutto il suo valore, poichè quello « *specialmente* » implica necessariamente la riferibilità del testo in esame anche al diritto privato, come porta la stessa posizione del fr. stesso nel Digesto. Confr. del resto SCIALOJA, *Studi pel XXXV. anno d'insegnamento del Prof. Schupfer*, vol. III.

fonte di cognizione, che di produzione del diritto. La consuetudine insomma altro non è che il mezzo per cui il diritto già formatosi, o perchè costituito da quella *necessitas* di che abbiamo già parlato o per l'intuizione più o meno cosciente di una *utilitas*, si cerziora e si determina, si delinea in più netti e precisi contorni.

Dice infatti CICERONE *de Invent.* II, 65 « initium iuris ab natura ductum videtur: quaedam autem EX UTILITATIS RATIONE aut perspicua AUT OBSCURA in consuetudinem venisse » ed essere anche diritto di natura (naturae quidem ius) (esse) « quod nobis NON OPINIO SED QUAEDAM INNATA VIS AFFERAT, ut religionem, pietatem, gratiam, vindicationem, observantiam, veritatem ». Tutti sentimenti od esigenze della natura umana che isolati o più spesso ancora fra di loro variamente combinati possono determinare altrettante categorie di esigenze d'ordine giuridico. Ragioni d'utilità che sono norma giuridica, diritto, appena si manifestano o si affermano, indipendentemente dall'essere tale loro riconoscimento passato in consuetudine, ed anche quando esse vadano contro il diritto già costituito e da lungo tempo considerato equo. In tal caso però, come ben si comprende, affinchè ciò avvenga è necessario che la utilità del nuovo principio, della norma giuridica che oggettivamente per la prima volta si afferma in contradizione al diritto costituito sia evidente.

E ciò appunto è detto in modo che non potrebbe desiderarsi più esplicito da GIUSTINIANO stesso in fr. 2 D. de const. princ. I, 4, con parole di ULPIANUS *fideicommissorum libro quarto:* IN REBUS NOVIS CONSTITUENDIS EVIDENS ESSE UTILITAS DEBET, UT RECEDATUR AB EO IURE QUOD DIU AEQUUM VISUM EST.

All'infuori di un tale caso però, non solo una norma giuridica può oggettivamente affermarsi per una ragione d'utilità che a noi sfugge, ma può anche avvenire, che la coscienza della ragione d'utilità che determinò il sorgere di una data norma o d'un istituto giuridico, o per il complicarsi di quella o di questo o per altra ragione, quale potrebb'essere anche quella di un regresso della scienza

giuridica della giurisprudenza, si smarrisca. Avviene allora il fenomeno, assai più frequente di quello che si crede, di cui parla GIUSTINIANO, in modo che dimostra al solito che i giureconsulti romani ne conobbero perfettamente la portata, in fr. 20 D. de legibus; ove è detto, con parole di IULIANUS *libro LV digestorum*, che: Non omnium, quae a maioribus constituta sunt ratio reddi potest (1).

Mentre poi è precisamente per il combinarsi di un tale fenomeno coll' altro corrispondente a quella legge universale, così detta d' inerzia, per cui anche una norma giuridica sopravvive di solito al cessare della sua vera ragion d' essere (salvo altre complicazioni) di tanto, di quanto per la stessa legge operante in senso opposto essa tardò ad affermarsi dal momento in cui quella stessa sua ragion d' essere aveva cominciato ad esistere, che molte volte avviene, come disse stupendamente il grande poeta tedesco che,

> Es erben sich Gesetz und Rechte
> Wie einige ewge Krankeit fort;
> Sie schleppen von Geschlecht sich zum Geschlechte,
> ... Vernunft wird Unsinn, Wohltat Plage
> Weh dir, dass du ein Enkel bist! (2).

E, come è noto, nè avrebbe potuto esser diversamente, fu compito dei magistrati e dei giureconsulti rendersi interpreti del sentimento giuridico del popolo, del quale essi erano al tempo stesso i fattori precipui, di coglierne, spesso di provocarne e in ogni caso di renderne il più possibile coscienti tutti i movimenti che importavano una qualsiasi

---

(1) E ciò fino al punto che nel successivo frammento si arriva sino all' eccesso di dire con parole di NERATIUS *libro VI membranarum*, che: ideo rationes eorum quae constituuntur, inquiri non oportet: alioquin multa ex his quae certa sunt subvertuntur.

(2) Nella parte che in ciò vi ha di vero, tolto cioè il mefistofelico sarcasmo di questi versi, un tale fenomeno è avvertito, e, ciò che più monta, come fenomeno punto strano, ma addirittura naturale quale esso è, in fr. 85 § 1 de R. Iur. 50, 17 ove è detto, con parole di PAULUS *l. VI quaestionum*: Non est novum, ut quae semel utiliter constituta sunt, durent, licet ille casus exstiterit, a quo initium capere non potuerunt.

affermazione di nuove norme giuridiche, che avevano natura e valore di diritto positivo indipendentemente dall' essere passate in consuetudine. Imperocchè anzi, come espressamente è detto, era questo il modo più frequente di formazione del diritto consuetudinario. Mentre è del pari certo che potevano aversi, come se ne ebbero sempre, e troppo spesso se ne hanno anche nella legislazione, delle norme giuridiche che sebbene si fossero affermate in quel modo stesso in cui suol cominciare a costituirsi una consuetudine, per il carattere affatto transitorio delle esigenze che le avevano determinate erano andate in disuso, prima di avere avuto quella consecrazione della diuturnità richiesta a che possa parlarsi di consuetudine.

Dice infatti GAIO I, 7 che quei *responsa prudentium*, che anche GIUSTINIANO, come abbiamo or ora veduto, poneva tra le fonti del *ius scriptum*, erano le « *sententiae et opiniones eorum,* QUIBUS PERMISSUM ERAT IURA CONDERE (1). *Quorum omnium si in unum sententiae concurrunt, id quod ita sentiunt legis vicem obtinet* ».

Il quale requisito della unanimità, non diminuisce l'importanza del fenomeno da noi posto in evidenza (e non contraddice affatto al nostro assunto) imperocchè se è pur vero, come GAIO subito ne avverte, che « *si dissentiunt, iudici licet quam velit sententiam sequi* », resta pur sempre che quella *sententia* che il *iudex* aveva seguito, aveva in quel caso ottenuto *vicem legis.*

Nè tal forza di dette *sententiae* poteva attribuirsi ad una specie di delega del potere legislativo fatta a tali giuristi col conferimento del *ius respondendi*, perchè come narra POMPONIUS *libro singulari enchiridii* nel notissimo fr. 2 § 49 D. de O. I. 1, 2 « *ante tempora Augusti publice respondendi ius non a principibus dabatur, sed qui fiduciam studiorum suorum habebant, consulentibus respondebant; neque* (fatto ancor questo molto significativo) *responsa utique signata dabant, sed plerumque iudicibus ipsi scribebant, aut testabantur qui illos consulebant* ».

---

(1) Vedasi PACCHIONI *op. cit.* sul ius respondendi.

Ed anche quanto al *ius* costituito dagli *edicta magistratuum* forse chè esso non era *ius* anche prima di essere passato in consuetudine? Chè anzi neppure lo stesso *ius tralaticium* aveva sempre carattere di vera *consuetudo*.

Sebbene per lo più a questo esso tendesse. Dice infatti CICERONE *de Invent.* II, 67 (ORELLI opp. omn. Turici MDCCC): che « consuetudinis ius esse putatur, id quod voluntate omnium sine lege vetustas comprobavit. quo in genere et alia sunt multa ET EORUM MULTA MAXIMA PARS, QUAE PRAETORES EDICERE CONSUEVERUNT ».

Ai pochi testi già esaminati si riduce quello che a noi è pervenuto della teoria romana in materia di consuetudine. Onde con ragione ne avverte il FERRINI nell' aureo suo MANUALE *di Pandette* (Milano 1900 § 15, pag. 22): « Ben poco del resto apprendiamo dalle fonti circa i requisiti di una valida consuetudine (1). Quello su cui s' insiste, è la durata dell' uso ».

Ciò che dice il FERRINI è nella sua prima parte verissimo ed è anche ammesso e riconosciuto ugualmente da tutti i romanisti anche nei trattati più recenti (2), i quali pure concordano con lui nel porre come causa efficiente della forza obbligatoria della consuetudine e perciò come precipuo requisito di essa la durata dell' uso.

Ma ad eccezione del PERNICE, il quale però in sostanza finisce col non spiegar nulla, nessuno, per quello almeno che io ho potuto constatare nelle sfavorevolissime condizioni di tempo e d' ambiente locale in cui ho dovuto fare questo

---

(1) Come ad es. da CZYLARZ, SCHEURL, HÖLDER, SOHM etc. nei loro trattati d' *Instituzioni*, alcuni dei quali recentissimi.

(2) Anche il PERNICE nel suo citato scritto *Zum röm. Gewohnheitsr.* (pag. 4 [128]) constata a riguardo della consuetudine la *wenig eingehende theoretische Behandlung*, ma dice che ad essa corrisponde che « anche praticamente la consuetudine come fonte immediata di diritto *in den Rechtsbüchern zurücktritt*. Dennoch ist sie für die römisch Entwickelung von grosser Bedeutung gewesen. Die Ursache, weshalb sie in den Hintergrund rückt ist einfach genug: die Gewohnheit wirkt mittelbar. Darum wird sie von der Wissenschaft nicht besonders beachtet; denn das Schulschema oder die aüssere Erscheinug der gewohnheitsmässigen Sätze entzieht sie der direkten Beobactung, ja versteckt sie geradezu.

mio lavoro, nessuno, io dico, a cominciare dallo stesso FERRINI, pur così accurato e competente, ha cercato di rendersi ragione di un tale fenomeno, non meno strano a prima vista che in realtà significativo, come ancor meglio vedremo, in favore della nostra tesi.

Nè men vera della prima è la seconda delle due constatazioni del FERRINI or ora riferite, che cioè nelle fonti romane quello dei requisiti della consuetudine su cui s' insiste è « la durata dell' uso ». E d' accordo con il FERRINI tutti i trattati di diritto romano anche più recenti (1) ed in genere, per quello ch' io ne so, tutti, od almeno la grande maggioranza dei giuristi antichi e moderni, ripongono in questa durata dell' uso della consuetudine la causa efficiente della forza di questa, e ci presentano tale loro asserto come una verità d' ordine razionale e di principio riconosciuto ed affermato dal diritto romano.

Il che però a nostro credere non è vero, nè quanto al primo, nè quanto al secondo punto.

XII. — In realtà infatti le fonti quasi ad ogni piè sospinto, tutte le volte che si tratta di consuetudine, pongono è vero come suo requisito indispensabile quello della sua diuturnità o longevità, ma non già per significare che la forza del diritto consuetudinario derivi da tale requisito, sivvero per significare che una norma di diritto oggettivamente affermatasi in un determinato ambiente sociale per avere natura, non di diritto, ciò che è dato in ipotesi, ma di *diritto* CONSUETUDINARIO ha bisogno di avere quel tale requisito. Si che cioè senza detto requisito quella tal norma potrebbe benissimo avere forza obbligatoria, natura di norma giuridica come suol dirsi, oggettivamente od automaticamente affermatasi, ma non potrebbe essere consuetudine, nè avere quegli speciali effetti che da tale qualifica derivano e che or ora vedremo.

Il diritto positivo, come abbiamo già visto, si forma e si afferma, vale a dire si rivela e s' impone in modo più o meno cosciente a tutti coloro ai quali in un qualsiasi modo

(1) Vedansi ad es. gli autori or ora citati sopra nella penultima nota.

si riferisce, oltre che in forma di legge e cogli speciali effetti ad essa congiunti in molti altri modi e per altri mezzi che variano secondo la costituzione politica sociale del popolo, quali ad es. furono tra i romani i ***responsa prudentium***, gli ***edicta magistratum***, la ***necessitas***, o la evidente ***utilitas***, l' intuizione di ciò che in un dato rapporto o categoria di rapporti corrisponde al ***bonum aequum*** etc. (1).

Quando però la norma di diritto automaticamente affermatasi (2) oltre ad estendersi in quel dato ambiente giuridico, protrae la sua esistenza nel tempo, essa viene per ciò stesso ad essere doppiamente qualificata. In primo luogo cioè, nel senso che da quel continuo diuturno ed uniforme suo riaffermarsi inevitabilmente deriva una presunzione che essa effettivamente corrisponda al ***ius***, ossia la presunzione del suo fondamento, di quello stesso fondamento, cioè, che come abbiamo dimostrato, era per i Romani la ragione precipua della forza obbligatoria della stessa legge (3); ed in secondo luogo una sempre maggiore determinatezza della sua portata, del suo significato, una maggiore esattezza ed univocità della sua formulazione, che l' avvicina per tal modo alla legge scritta, e che anzi non può a meno di equipararla ad essa tutte le volte che la legge, o meglio la funzione legislativa si concepisce come modo precipuo di accertamento, come formulazione, quasi prova provata, di ciò che è ***ius***. In quel senso, cioè, in cui, come noi speriamo di avere dimostrato, intesero la legge i romani.

Tale precisamente, a nostro credere, è il vero senso dei testi che parlano del requisito in questione e che in parte abbiamo già veduti. Nei quali infatti si parla sempre o di ***quod usus*** COMPROBAVIT, di ***diuturni mores consensu utentium*** COMPROBATI, di ***ea quae longa*** CONSUETUDINE COMPROBATA (4),

---

(1) Cicerone, luoghi citati.

(2) Il che può avvenire anche in modo quasi istantaneo, come nel caso dell' intuizione da parte del ***populus*** del modo, talora per sè stesso evidente, come un determinato nuovo rapporto deve essere regolato dal diritto.

(3) Vedasi sopra pag. 39.

(4) fr. 36, D. de legibus 1, 3.

mentre lo stesso Giustiniano, con parole di MODESTINUS *libro I regularum* nel fr. 40 de leg. da noi più sopra esaminato parla di *ius* che FIRMAVIT *consuetudo*.

Nè meno esplicito in tal senso è a questo proposito ed in più luoghi CICERONE, il quale come è noto, per l'indole del suo ingegno, della sua professione e dei suoi stessi libri può considerarsi come fedelmente e limpidamente rispecchiante la teoria romana ortodossa, la opinione dominante in proposito.

Anch'egli dice (*De inv.* 2, 22, 67) che « consuetudinis autem ius esse putatur id, quod voluntate omnium sine lege VETUSTAS COMPROBAVIT » e che « *quaedam autem genera iuris* iam CERTA *consuetudine* FACTA *sunt* ». E poco appresso (eod. libro 54, 162) « *consuetudine ius est, quod aut leviter a natura tractum* ALUIT ET MAIUS FECIT USUS, — aut si quid eorum, quae ante diximus, ab natura profectum, maius FACTUM *propter consuetudinem videmus, aut quod in morem vetustas vulgi* APPROBATIONE *perduxit* ».

Dove come vedesi il *ius* preesiste, è di formazione anteriore alla *consuetudo*, che è di esso solo un modo come abbiamo detto di conferma *(firmavit)*, di riprova o di accertamento.

XIII. — La verità del nostro asserto, nè poteva essere diversamente, apparisce manifesta, fors' anco più evidente, se si prende a considerare un altro dei requisiti della consuetudine, su cui pure le fonti insistono non meno che su quello della *vetustas, diuturnitas*, o *longaevitas*, ed a cui pure la tradizione dei giuristi ha attribuito un significato a mio credere non corrispondente alla verità.

Intendo parlare di quel requisito che di solito le fonti indicano colle espressioni *consensus omnium, tacita civium conventio*.

Infatti questo *consensus populi*, questa *tacita civium conventio* viene considerata come la causa efficiente, produttrice della forza obbligatoria o di legge della consuetudine, e concepita come il consenso nel congegno del contratto.

Una tale concezione sembra trovare conferma, oltre che nell'uso stesso di quelle espressioni, anche in qualche passo

delle fonti e segnatamente in quello famoso di GIULIANO, che costituisce il fr. 32 § 1 *de legibus senatusconsultis et longa consuetudine* 1, 3, già da noi sopra riportato.

Ove tra altro è detto della consuetudine, che « *merito et ea quae sine ullo scripto populus probavit, tenebunt omnes: nam* QUID INTEREST SUFFRAGIO POPULUS VOLUNTATEM SUAM DECLARET *an rebus ipsis et factis?* ». E subito si soggiunge, che « *quare rectissime etiam illud receptum est, ut leges non solum suffragio legislatoris, sed etiam* TACITO CONSENSU OMNIUM per desuetudinem abrogentur ».

Non può a meno di riconoscersi che questa frase, presa così isolatamente sembra prestarsi meravigliosamente alla interpretazione che ne viene data comunemente, secondo cui cioè la consuetudine obbligherebbe i consociati per la stessa ragione per cui li obbliga la legge (intesa come emanazione della volontà del popolo), ossia perchè costoro avrebbero in essa consentito. Ciò che sembra pure essere confermato dalla *tacita conventio civium* di HERMOGENIANUS l. I *iuris epithom.* (fr. 35 eod. t.) (1).

A tale identificazione di quel *consensus* o *voluntas populi* o *tacita civium conventio*, col consenso che dà vita al contratto si oppone però innanzi tutto irremissibilmente la circostanza, che il consenso contrattuale non può obbligare che in quanto è concorso di libere determinazioni di volontà e per ciò stesso solo coloro che vi parteciparono. Che val quanto dire, come fa il legislatore italiano (cod. civ. art. 1130), « che i contratti non hanno effetto che tra le parti contraenti ». Invece la *voluntas populi* che dà forza alla legge non è, nè può esser consenso di tutti i cittadini, come il contratto deve necessariamente essere consenso di

---

(1) Applicate questi concetti alla formazione dello Stato e del diritto che ne determina la costituzione ed avrete in quel poco di vero e di geniale che essa contiene, la famosa teoria del contratto sociale, la quale, se per i tempi suoi fu occasione e strumento di progresso, in confronto al modo come secondo noi i Romani concepivano la volontà del popolo o dell' imperatore nella formazione del diritto e l' origine stessa della potestà imperiale essa non è che una ben misera cosa, un vero regresso.

tutti i contraenti. Essa infatti è piuttosto un deliberato di semplice maggioranza (e ciò pure in un senso per lo più puramente formale) che obbliga anche i dissenzienti. Ciò che invece contraddice alla natura del contratto.

Quello che ora abbiamo detto della legge, vale ugualmente per la consuetudine. E la prova, che a nostro credere non potrebbe desiderarsi più evidente, ne è che la consuetudine molto spesso, se non il più delle volte, pur avendo a suo servigio la sanzione politica, ossia la forza obbligatoria della legge per tutti i cittadini, è il prodotto, un' emanazione di un solo ceto di cittadini, che può essere costituito da una minoranza numericamente affatto esigua, insignificante. Come assai spesso ne è il caso a riguardo di quei tali ***diuturni mores*** CONSENSU UTENTIUM COMPROBATI, che secondo lo stesso GIUSTINIANO (Iust. § 9 de iure nat. 1, 2) ***legem imitantur.***

Ora io domando, come mai questa volontà di un solo ceto di cittadini, di parte anche piccolissima del ***populus***, ha forza di legge, se per la legge si richiede almeno formalmente la volontà di almeno la maggioranza dei cittadini?

Come potrebbe questa ***tacita conventio*** di pochi, od anche di pochissimi (a questo effetto del resto sarebbe indifferente anche che fossero molti o moltissimi) obbligare tutti coloro ai quali eventualmente dovrà in un modo o l' altro applicarsi, se per costoro essa fu una ***res inter alios acta?***

La ragione di ciò non può essere che questa: che quel tale ***consensus*** pur essendo di pochi, è però ***consensus utentium***, ossia di tali, che a riguardo di quei determinati rapporti che specialmente li riguardano hanno per ciò stesso tale competenza che il loro comune modo di sentire (che questo e non altro significa qui ***consensus***) a riguardo dei medesimi, ha la medesima autorità, costituisce la medesima presunzione di corrispondenza al ***ius*** nel senso oggettivo da noi già spiegato, all' ***aequum et bonum***, come la ***voluntas*** di tutto il ***populus***, come il ***consensus omnium*** a riguardo delle consuetudini che regolano rapporti comuni a tutti, delle consuetudini alle quali tutti i cittadini o la grande maggioranza di essi ebbero parte.

Questa funzione d'indagine, di scoperta e di rivelazione del *ius*, di ciò che è *ius* o che incomincia ad essere tale per il popolo, questa prova della corrispondenza di una norma, che per ciò stesso diviene giuridica, coll' *aequum et bonum*, che normalmente viene compiuta dal così detto legislatore (1) nel campo del *ius ex scripto* nel senso del moderno *ius scriptum*, e che in quello del *ius ex non scripto* o della consuetudine è compiuto dal CON-SENSUS *omnium* od anche degli *utentium*, ossia come abbiam detto di pochi, e che anzi normalmente sarà pur sempre l'iniziativa di pochi, può essere anche compiuta da un solo, da un privato, come tale, purchè la sua autorità in materia sia a tal riguardo abbastanza grande.

Conferma veramente meravigliosa e completa ci è data da ciò che narra GIUSTINIANO nelle sue Istituzioni della storia dei codicilli in pr. Inst. de codicillis 2, 25, secondo la quale soltanto « *cum et Labeo codicillos fecisset, iam nemini dubium erat, quin codicilli* IURE OPTIMO *admitterentur* ».

Così per questa rivelazione e consecrazione di un nuovo principio di diritto, pur di così grande portata, e della maturità per il suo accoglimento di tutto l'organismo del diritto positivo successorio dei suoi tempi, bastò l'autorità pur così sapiente innovatrice (2) di Labeone, mentre d'altrettanto non erano stati capaci nè l'autorità di un consiglio di giureconsulti con alla testa Trebazio, che pure era stato uno dei maestri di Labeone (3), nè quella dello stesso Augusto (4) (5).

---

(1) Vedi sopra pag. 24 segg. e pag. 31.

(2) POMPON. fr. 2 § 47 de or. iur. 1, 2. « Labeo ingenii qualitate et fiducia doctrinae, qui et ceteris operis sapientiae, operam dederat, plurima innovare instituit ».

(3) POMPON. in fr. 2 § 47 cit. in pr.

(4) È pregio dell'opera riportare qui ciò che al riguardo è detto nel passo di GIUSTINIANO in *pr.* Inst. de codicillis 2, 25 « . . . dicitur Augustus convocasse prudentes inter quos Trebatium quoque, cuius tunc auctoritas maxima erat, et QUAESISSE, AN POSSIT HOC RECIPI, NEC ABSONANS A IURIS RATIONE CODICILLORUM USUS ESSET: et Trebatium suasisse Augusto quod diceret utilissimum et necessarium hoc civibus esse propter

Nè diverso, e perciò in perfetto accordo col nostro assunto, è anche il vero senso dei testi sopra ricordati, nei quali si parla di *voluntas populi*, di *consensus omnium*, di *tacita civium conventio* e che sogliono porsi invece a base della *communis opinio*, che noi combattiamo.

Quando infatti GIULIANO nel famoso suo passo (il più caratteristico nel senso ora detto, ossia in apparenza il più esplicitamente favorevole alla detta communis opinio) dice, come abbiam visto or ora « *quid interest suffragio poplus voluntatem suam declaret an rebus ipsis et factis* », evidentemente quella *voluntas populi* non può essere alcunchè di diverso da quel « *tacitus consensus civium* », che niente di meno ha la forza, sotto forma di desuetudine, di abrogare le leggi.

Ora questo *consensus*, come altrove (fr. 35 eod.) la *tacita conventio civium*, non significa propriamente concorso di volontà, o meglio di volizioni, ma consonanza di sentimento, concordanza di giudizio implicante al tempo istesso anche una correlativa concordanza di volontà. Come avviene nella *sententia* di un giudice collegiale, dove pure la concordanza di giudizio implica, importa pure l'accordo dei voleri nell'assolvere o condannare, per parte dei componenti il collegio giudicante.

E di fatti secondo lo stesso GIULIANO la *voluntas populi* ha nella *consuetudo* quella stessa parte e funzione che essa

---

magnas et longas peregrinationes, quae apud veteres fuissent, ubi, si quis testamentum facere non posset, tamen codicillos posset. post quae tempora CUM ET LABEO CODICILLOS FECISSET, IAM NEMINI DUBIUM ERAT, QUIN CODICILLI IURE OPTIMO ADMITTERENTUR.

(5) Allo stesso concetto in fondo si riconduce il *cavere* nel senso di arte di saper trarre dai mezzi che il diritto costituito offre un partito e di conseguire effetti non solo nuovi insperati e a cui il legislatore non poteva neppure avere pensato, ma che talora vanno contro la legge od almeno ne sono una correzione. A simili intenti in sostanza erano diretti quei tali espedienti giuridici talora puramente curialeschi che furono detti *cautelae*, delle quali alcune più celebri andarono spesso sotto il nome di chi primo le aveva escogitate od anche di chi maggiormente aveva contribuito a convalidarne e diffonderne l'uso col farsene propugnatore, come fu ad es. della famosa *cautela Socini*.

ha nelle leggi, le quali « *nulla alia ex causa nos tenent, quam quod* IUDICIO *populi* RECEPTAE *sunt* (1).

---

(1) Come a tale interpretazione perfettamente corrispondano le espressioni *conventio* e *consensus*, prese nel loro significato originario e più proprio, resulta in modo evidéntissimo anche dal noto passo di ULPIANO *l. IV ad edictum*, costituente il fr. 1 § 3 de pactis 2, 14.

« *Conventionis verbum generale est ad omnia pertinens*, de quibus negotii contrahendi transigendique causa *consentiunt* qui inter se agunt: nam sicuti *convenire dicuntur* qui ex diversis locis in unum locum colliguntur et veniunt, ita ET QUI EX DIVERSIS ANIMI MOTIBUS IN UNUM CONSENTIUNT ID EST IN UNAM SENTENTIAM DECURRUNT ».

Ai concetti da noi esposti corrisponde anche l' uso della parola *oportere* nella *condennatio*, tutte le volte che si tratta di una formula in *ius concepta*, o più generalmente, tutte le volte che si tratta di giudicare secondo il *ius*.

Questo *ius* che il magistrato è chiamato a determinare, a fissare, *dicere* caso per caso, non è propriamente il diritto positivo nel senso odierno della parola, non è cioè il diritto positivo nel suo momento statico, ma nel suo momento dinamico, non il diritto cristallizzato nella lettera morta di un precetto della legge o del diritto consuetudinario, ma è il diritto vivo, palpitante nella coscienza giuridica del magistrato ed in modo più o meno cosciente di tutto l' ambiente. È il diritto attinto direttamente, volta per volta, sia pure risalendo a traverso e al di sopra della legge, a quella primitiva fonte a cui attinse lo stesso legislatore, all' *aequum et bonum*, alla *necessitas*, alla *utilitas*. È, in altre parole, il diritto positivo riveduto e corretto, rimodernato, talora con diversi quanto opportuni ed acconci espedienti addirittura creato volta per volta per il caso concreto. Ciò che costituisce appunto quel suo continuo *fluere* di cui con felicissima espressione parla POMPONIO (in fr. più volte cit.) ed è cagione che il *ius honorarium* fosse considerato dai romani giureconsulti come avente la funzione adiuvandi, supplendi, corrigendi ed al medesimo tempo anzi per tal fatto stesso fosse da essi chiamato VIVA *vox iuris civilis*. Ed appunto perchè il pretore è l' organo di questa *vox*, quando egli ordina od instaura il processo, il *iudicium* sulla base del *ius*, del *ius* inteso in quel modo or ora dichiarato, e concepisce la formula *in ius*, la conseguenza per il convenuto, nel caso che la domanda dell' attore resulti in ordine a quello stesso *ius* fondato, sarà non un semplice *debere*, un obbligo giuridico quale noi oggi l' intendiamo, ma un *oportere*, ossia un obbligo rispondente ad una necessità d' ordine morale-giuridico superiore allo stesso *imperium* del magistrato (che discende dalla volontà del popolo, dall' elezione) ed all' obbligatorietà della legge, del diritto positivo considerato nel suo momento statico. Tanto è vero che quello e questa insieme associati

E tanto è vero che quel *consensus*, quella *tacita conventio civium* che interviene nella consuetudine è qualche cosa di diverso dal vero *consensus* accordo della volontà di tutti o della maggioranza dei componenti il *populus*, che interviene nella legge (1), che MODESTINUS *libro I regularum* nel

---

non possono condurre alla realizzazione pratica di quell' *oportere* (dare, facere, restituere, exhibere, etc.) la cui constatazione infatti porterà come conseguenza soltanto la condanna ad una somma di danaro. Per questo tale constatazione concettualmente potè e per un complesso di altre ragioni dovè essere fatta dal privato *iudex*. E per converso, è appunto perchè il magistrato nell' esercizio della sua funzione di *ius dicens*. di determinare il *ius* nel senso sopra detto era, nonostante il suo *imperium* (per ciò stesso distinto dalla *iurisdictio*), un indagatore del diritto (analogamente, come già dicemmo, al sacerdote che deve determinare ciò che è *fas* e ciò che è *nefas*), o come lo qualificò CICERONE (loc. cit.) un *disceptator iuris*, che esso era assistito da un *consilium*, che però aveva funzione puramente consultiva.

Ciò che presenta qualche analogia con quello che da noi avviene nell' esercizio dei supremi poteri nel campo del diritto amministrativo, dove ad es. il ministro per molti atti delle sue funzioni amministrative deve sentire il parere di determinati corpi consultivi. pur rimanendo arbitro e, teoricamente almeno, responsabile della decisione definitiva. Appunto perchè la posizione del magistrato romano rispetto al *ius*, più che a quella del magistrato odierno rispetto alla Legge, si avvicina a quella del funzionario amministrativo dello Stato e specialmente dei supremi funzionari dello Stato rispetto al diritto amministrativo.

La decisione del *iudex*, infine, ossia la risposta alla questione a lui proposta dal magistrato *(si paret. si non paret)* è e si chiama *sententia* nel significato originario e più proprio della parola, ossia espressione di un giudizio *(ex animi sententia*, come anche dicono i Romani. KELLER, *Röm. Civilprozess*) o come direbbesi volgarmente di quello che è il suo sentimento a riguardo del caso proposto. È, cioè, quello che i tedeschi chiamano un *Wahrspruch*, riferibilmente però al *ius* quale fu determinato pel caso concreto dal magistrato *ius dicens*.

(1) Nella legge (nel senso tecnico generale odierno), quale almeno fu concepita a nostro credere dai romani sino a quando la monarchia non divenne assoluta, e come speriamo di avere dimostrato, possiamo distinguere due diversi momenti.

Un primo, che per lo scopo cui tende la legge può dirsi principale dei due, è costituito da quel *consensus*, consentimento, concordanza del *populus* nel riconoscere che quel tale rapporto deve essere regolato in quel dato modo, secondo quella data norma dalla cui formulazione sarà appunto costituita la disposizione legislativa. Il qual momento

riassumere tutte le cause efficienti del diritto in fr. 40 de legibus 1, 3 da noi sopra esaminato, dice, che OMNE *ius aut* CONSENSUS *fecit, aut necessitas costituit, aut firmavit* CONSUETUDO; facendo cioè del *consensus* e della *consuetudo* due categorie distinte anche quanto al modo loro di operare *(fecit — firmavit)*. (Vedasi sopra pag. 48 e seg.).

---

più che una volizione è l'espressione del convincimento del populus circa l'obietto in questione, quello che i giureconsulti romani chiamarono appunto ***iudicium populi*** (v. sopra pag. 34 e seg.). Il secondo momento è invece costituito da una volizione vera e propria: il ***populus*** appunto ***perchè*** vede la giustizia in quel dato modo, ***perchè ha giudicato*** in quel dato senso ***(bonum)***, ***vuole*** che in quel dato modo si faccia, essendo che l'esigenze della convivenza, portano la necessità di una uniformità nel regolare quel tale rapporto per lo stesso principio dell'uguaglianza dei cittadini partecipanti a quel deliberato ***(aequitas)***. Su questo secondo momento, su questa volizione riposa il così detto valore formale della legge. La di cui sostanza, la ***causa*** di questa volizione, ossia il fine per cui si vuole e che giustifica l'obbligatorietà stessa della legge è la corrispondenza di quel ***iudicium*** coll' ***aequum et bonum*** (v. sopra loc. cit.). Per questo il magistrato avrà non che la facoltà il dovere di far sì che quello scopo cui il legislatore tendeva, e che costituiva la ***ratio***, cessante la quale *cessat et lex ipsa*, sia sempre il più che è possibile raggiunto. Sicchè quando egli integrerà, modificherà, correggerà il diritto costituito, la legge, ciò non costituirà affatto invasione da parte sua nel campo legislativo. Onde può dirsi, non solo, come è universalmente riconosciuto e secondo l'espressione di MOMMSEN (v. sopra pag. 29), che la funzione del magistrato era parente di quella legislativa, ma eziandio (come vero corollario di tale constatazione) che a sua volta la funzione del legislatore romano era un pò parente di quella del magistrato. Legislatore e magistrato si andavano per così dire incontro facendo un pò di strada per uno, affinchè lo scopo loro comune, l'attuazione di quel *ius* che per i romani stette sempre al di sopra di tutti, anche dell' imperatore (v. s. pag. 23 nota 1) fosse più sicuramente e più completamente conseguito. Al conseguimento del quale scopo per tal via molto favorevolmente contribuì anche la circostanza, niente affatto accidentale, che assai spesso le medesime persone alternavano la funzione di supremi regolatori del potere legislativo con quella di supremi magistrati (quando pure essi, come nell' epoca più antica non erano l'una e l'altra cosa al tempo istesso).

Conferma abbastanza decisiva di questo nostro modo di vedere parmi esserci data dal fatto che quei due momenti che noi dicemmo distinguersi nel concetto che della legge ebbero i romani possono scindersi

XIV. — Dopo le cose sin qui dette possiamo senz'altro concludere che, e nella realtà e secondo l'opinione concorde dei giureconsulti romani il diritto consuetudinario, la consuetudine, non altro è che una norma giuridica, la quale oltre ad essersi oggettivamente affermata per una qualsiasi via, è specialmente qualificata nel senso che di essa ha consapevolezza, si rende conto, almeno quanto

---

non solo idealmente, come sino ad ora abbiamo fatto qui, ma anche materialmente, nel senso che il secondo di essi può anche mancare. Ciò avveniva infatti nella così detta *lex imperfecta*, secondo quella tale notissima distinzione delle leggi proibitive riferitaci da ULPIANO in quel non meno noto passo (fragn. § 1) a lui attribuito, come già diceva REIN *Das Privatrecht der Römer*, Leipzig 1858, pag. 68, nota 3, secondo la ricostruzione abbastanza concordemente fattane da CUIACIO, SCHULTING, SCHILLING e BÖCHING. Distinzione della quale in ogni modo molto esplicitamente parla MACROBIUS *Comment. in Samnium Scip.* II, c. 17 in fine: « inter leges... illa IMPERFECTA dicitur, in qua nulla deviantibus poena sancitur ». Di essa un esempio molto interessante, ancorchè nel campo del diritto pubblico, ci è offerto dalla *lex* VALERIA, della quale dice T. LIVIUS X, cap. 9: « Valeria lex cum eum, qui provocasset, virgis caedi securique necari vetuisset, si quis adversus ea fecisset, nihil ultra quam « improbe factum » adiecit. id, qui tum pudor hominum erat, visum credo vinculum satis validum legis ». Altro esempio di *lex imperfecta* nel campo del diritto privato fu molto probabilmente la famosa *lex Cincia*.

Questa distinzione della lex in *perfecta*, *minus quam perfecta* e IMPERFECTA, osserva SCHILLING *Instit.* Bd. II, § 15, pag. 56 « non è menzionata nelle compilazioni giustinianee, perchè secondo una costituzione di TEODOSIO II tutto quello che viene fatto contro una legge proibitiva, oltre le particolari conseguenze che possono derivare dalla legge stessa, deve essere nullo, anche se il legislatore non lo ha espressamente dichiarato *Nov. Th.* C. 10 = c. 5 Cod. Istin. de leg. 1, 14 ». Disposizione che oltre a confermare la testimonianza di Macrobio, ci dimostra che questo fenomeno di *lex imperfecta* era stato presso i romani meno raro di quello che potrebbe immaginarsi. Tanto è vero che, come subito aggiunge, quasi riproducendo alla lettera ciò che aveva già detto ZIMMERN *Gesch. des Röm. Privatr.* vol. I, 1, § 17, pag. 62, ivi lo stesso SCHILLING, « in realtà quella distinzione delle leggi si trova senza dubbio (allerdings) anche nel diritto giustinianeo » « ed è una *lex imperfecta* (dice egli, ivi nota *i*) se non per la forma, per la sostanza il *Senatusconsultum Macedonianum*: l. 1 pr.; l. 4, 7 § 10, 15 e 16; l. 9 § 5; l. 10 e 11 Dig. de SC. Macedon. (XIV, 6); § 6 I. quod cum eo, qui in al. pot. est (IV, 7) e l. 40 pr. D. de cond. indeb. (XII, 6).

all' esistere di essa, la coscienza giuridica del popolo o semplicemente di quel determinato ceto, che a riguardo di quei dati rapporti dalla consuetudine regolati, meglio la rappresenta (*consensus* UTENTIUM).

Ma un tale *consensus*, o *voluntas populi*, in quanto è, come dicevano i romani e come abbiamo spiegato, una *tacita conventio* non può resultare, rendersi palese che nell' uniformità del modo di comportarsi a riguardo di quei dati rapporti del *populus* o di quei tali *utentes*, perdurante nel tempo in una misura, che a priori non può in alcun modo determinarsi.

In ciò e non altro consiste il requisito della diuturnità, longevità, antichità della consuetudine. Imperocchè, come nel fare una legge, per sapere se essa corrisponde alla volontà o meglio, come dicevano i romani, al *iudicium populi*, bisogna *interrogare* in proposito tutti i componenti del popolo stesso (1) (comunque aggruppati in più o meno complesse unità), ciò che era appunto ufficio del magistrato proponente la legge *(magistratu interrogante)*, così affinchè possa aversi quel *iudicium populi*, che oltre ad essere nel senso e limiti da noi spiegati la ragione dell' obbligatorietà della legge scritta, costituisce la *tacita conventio civium*, la *voluntas populi* manifestata *non suffragio* ma *rebus et factis*, è necessario che parte abbastanza considerevole dei componenti il popolo o di quel dato ceto di essi *(utentes)* abbia avuto occasione e quindi tempo di pronunciarsi. Sicchè qui in sostanza si ha che tali componenti il populus vengono a manifestare il loro modo di sentire anzichè simultaneamente mediante *suffragium*, come quando sono a tale scopo convocati, successivamente, man mano che l' occasione se ne presenta.

La differenza a tale riguardo ne è soltanto che qui il procedimento è più lento, più spontaneo e perciò stesso di resultato più sicuro che quello corrispondente nella formazione della legge per mezzo del suffragio ed a ciò appunto

(1) Rogabatur populus.

allude GIULIANO con quel suo: quid interest suffragio populus voluntatem suam declaret an *rebus et factis?*

Mentre l'altra differenza tra la legge e la consuetudine, costituita dal valore obbligatorio formale di quella, che invece manca in questa deriva appunto dal fatto che il *suffragium* è una dichiarazione espressa e costituisce perciò modo di accertamento e formulazione legale, prova provata di quello che è il *iudicium populi.* Nel caso della consuetudine invece quale sia questo *iudicium* deve indursi da quei tali *rebus et factis*, e quanto alla sua esistenza in genere e quanto alla sua portata e formulazione, al pari appunto di una qualsiasi *tacita conventio.*

Il tempo, la *diuturnitas*, *longevitas* etc. sono quindi soltanto un elemento d'induzione per l'accertamento dell'esistenza e portata di una norma giuridica, non la ragione della forza obbligatoria della norma stessa, come lo è anche quello della diffusione, o estensione in un dato momento di tempo di quel dato convincimento nell'ambiente sociale. Coefficiente, dirò così, di spazio, che come sempre anche qui può dirsi stare in ragione inversa di quello di tempo (1), il quale, come abbiamo veduto, può essere ridotto a zero o completamente eliso sostituendo a quel tal modo di accertamento del *iudicium populi* mediante *rebus et factis*, quello del suffragio, o del pronunciarsi simultaneo di tutti i componenti il *populus* su quel dato punto.

Ed è precisamente per tale ragione che anche scrittori autorevolissimi che fan derivare, come porta la *communis opinio*, la forza obbligatoria della consuetudine dalla sua diuturnità, longevità o durata, quando si tratta di fissare i limiti, il minimum necessario di questa non possono cavarsela altrimenti che col rimandarne la decisione caso per caso al giudice (2).

---

(1) È infatti evidente che una norma giuridica la quale dopo essersi in un qualsiasi modo oggettivamente affermata, rapidamente si propaga, si generalizza, ossia in breve tempo si diffonde largamente nello spazio presuppone una forte ragion d'essere alla pari di quella che entro una data unità di spazio o d'ambiente, perdura lungamente nel tempo.

(2) Così ad es. il FERRINI *Pand.* § 15, pag. 23, dice: « Quando l'uso

La verità è che questa *diuturnitas, longaevitas* della *consuetudo* è per così dire un elemento estrinseco di essa, non la ragione della sua forza e fondatezza, ma l'effetto normale di questa, dal quale perciò normalmente si è portati ad indurre, però come semplice *presumptio* di fatto o come suol dirsi *hominis tantum* ancorchè fortissima, l'esistenza della causa stessa, ossia della forza e fondatezza in questione della consuetudine, pur essendo possibile anche il contrario, ossia che in concreto quell'uniformità e diuturnità di contegno dei consociati, quella longevità della consuetudine non abbia quel significato. In quanto cioè tale consuetudine, che sarebbe tale solo nel senso materiale o volgare della parola, sia la conseguenza di un errore o di un qualsiasi altro traviamento o dirizzone della coscienza giuridica del popolo, di cui la persistenza, il perdurare nel tempo e lo estendersi nello spazio non sarebbero che deplorevoli aggravanti. In tal caso come ben si comprende non si avrà vero DIRITTO consuetudinario, ma consuetudine d'ingiustizia, una INIURIA consuetudinaria, di cui la longevità, il perdurare nel tempo, pur essendone un aggravante, potrebbe alla fine convertirsi in un attenuante per l'inevitabile sorgere di correttivi ad esso, ossia per un inevitabile più o meno rapido e più o meno completo adattamento ad esso dell'ambiente sociale, come avviene nel caso pur troppo non infrequente di aberrazioni, errori o dirizzoni da parte del legislatore. Una tale possibilità ebbero appunto presente i giureconsulti romani. Ciò che prova ancora una volta come essi al riguardo la pensassero come noi, ed essa ebbero in mira CELSUS, allorchè, nel suo *libro XXIII Digestorum* (che è per noi il fr. 39 de legibus 1, 3) diceva, che « *quod non ratione introductum, sed errore primum, deinde consuetudine optentum est, in aliis similibus non optinet* »; e COSTANTINO allorchè nella famosa

---

possa dirsi abbastanza inveterato da assorgere a diritto consuetudinario, non è detto in generale: spetterà al criterio del giudice il deciderlo ». Di che però l'illustre pandettista non adduce alcuna prova testuale decisiva, nè alcun argomento di ragione.

o, come suol dirsi, vessatissima c. 2 Cod. quae sit longa cons. 8, 52 (53) dichiarava che « *consuetudinis ususque longaevi non vilis auctoritas est: verum non usque adeo sui valitura momento, ut* aut rationem vincat aut legem » (1).

Chè se, infine, la *vetustas* della consuetudine fosse la causa efficiente della sua forza obbligatoria, dell'assorgere della norma che vi corrisponde al valore di regola di diritto, non potrebbe neppure più dirsi, come è dichiarato in fr. 1 de R. I. 50, 17 con parole di PAULUS libro XVI ad Plantium: *non ex regula ius sumatur, sed ex jure quod est; regula fiat.*

---

(1) Quello che qui è detto della forza della consuetudine e dell'uso in rapporto alla legge non interessa affatto la nostra questione mentre, a nostro credere, costituisce per l'interprete il solo punto difficile della legge. V. su ciò SCIALOJA *Della* c. 2 *quae sit longa consuetudo* (1886, *Atti dell'Accademia di Padova*. II, 4), FERRINI *Pand.* § 16, pag. 25 e nota 2 e gli autori ivi citati. Con ciò che abbiamo detto di sopra nel testo noi non intendiamo di escludere che il primo sorgere di una consuetudine vera e propria possa essere determinato da un errore. Ciò che però potrà avvenire solo in quanto per cambiate circostanze di qualsiasi genere quell'errore sia rimasto eliminato od abbia operato in modo simile a quello per cui l'errore dei suoi tempi da lui condiviso circa la distribuzione dei continenti portò Colombo a cercare l'Indie battendo via opposta a quella sino ad allora seguita e conseguentemente alla scoperta dell'America. Sul sopra citato testo di Celso v. tra gli altri DERNBURG *Pand.* ed. II, vol. I, § 27, pag. 59, che cita insieme ad altri, come *vorzüglich* ZITELMANN *Gewohnheitsrecht und Irrthum* in *Archiv für civilist. Praxis*, Bd. 66, n. 13, pag. 323. A Dernburg osservo che il dire, come egli fa (ivi pag. 60) che « un errore frequente d'interpretazione di una legge non costituisce diritto consuetudinario, ma può condurre ad esso *(es kann aus ihr,* cioè dalla interpretazione erronea della legge, *ein Gewohnheitsrecht erwachsen)* significa ben poco, almeno secondo i principî del diritto romano. Poichè potrebbe darsi benissimo che in quel caso, come anzi è ragionevole supporre il torto di fronte al *ius* nel senso romano sopra spiegato fosse proprio del legislatore anzichè dell'interprete. Non è infatti così che la consuetudine può produrre l'abrogazione delle leggi? E se i magistrati romani si fossero limitati alla rigorosa o semplicemente fedele interpretazione della legge, del diritto costituito, come avrebbesi potuto avere quella loro funzione di supplire, integrare e correggere il *ius civile*? Come avrebbe potuto aversi insomma il *ius honorarium*?

Tutte le volte che si prende a considerare il diritto positivo di un popolo qualsiasi in un dato momento storico necessariamente troviamo che di esso una parte maggiore o minore, ma che può essere anche minima fu opera diretta, per dirlo con una sola parola, del legislatore, ed una parte che invece si formò per così dire automaticamente, o sulla base della legge e come esplicazioni di essa, o al di là di essa od anche contro di essa.

Tutto questo diritto non scritto nella legge, a sua volta, ciò che a noi sembra d' intuitiva evidenza, sempre e necessariamente sarà costituito per la sua parte maggiore e, di regola almeno, anche più importante, da norme che, oltre ad essersi oggettivamente affermate indipendentemente dalla volontà e dall' opera del legislatore od anche contro di queste, per la loro vetustà e diffusione nell' ambiente sociale hanno già assunto il carattere di vero e proprio diritto consuetudinario. Per l' altra sua minor parte invece quel tal diritto positivo sarà costituito da norme giuridiche che da quelle ora dette non in altro differiscono che per essere di data più recente, per non essere cioè per tal ragione consuetudini, pur essendo sulla via di divenire tali, e che perciò potrebbero dirsi *consuetudini allo stato nascente.*

Le quali per ciò stesso, come per una parte non possono avere in loro favore quella presunzione di fondatezza, quel contrassegno estrinseco che le rende riconoscibili e certe come norme giuridiche, derivante dalla diuturnità o longevità, devono però avere una forza, una ragion d'essere ed una vitalità d' altrettanto maggiore di fronte alle vere consuetudini, di quanto cioè ad esse è necessario per vincere quella forza d' inerzia, che, come sempre, mentre è ad esse contraria nei loro inizi, le sorreggerà d' altrettanto all' epoca del loro declinare, del loro tramonto, prolungandone a mò di crepuscolo la loro esistenza oltre il termine segnato dal venir meno della loro forza intrinseca, della loro vera ragion d' essere.

Ma è del pari ovvio che anche tra queste consuetudini allo stato nascente quasi sempre ve ne saranno pure di quelle che per il fatto del loro corrispondere ad esigenze

addirittura imperiose, fondamentali, ancorchè di data recente (bisogni nuovi), dell'ambiente sociale in cui sorsero, saranno destinate ad avere vita lunga, a divenire col tempo *consuetudines ususque longaevi*, immemorabili.

Nè meno certo è, d'altra parte, che il numero delle consuetudini nascenti che abbiano tale natura, in un dato momento della vita giuridica di un popolo non può essere mai grande in confronto a quello delle consuetudini già formate, adulte, per la semplice ragione che l'evoluzione giuridica procede anch'essa, come qualsiasi altra, forse più di qualsiasi altra, per gradi e non a salti o per lo meno non a grandi salti.

Ond'è che fino a quando una consuetudine è allo stato nascente, di fresca data, giovane, di essa non potrà dirsi dal volgo almeno dei profani, quale ne sarà per essere la durata, quella durata cioè che poi a posteriori farà prova inconfutabile della forza, della vitalità che quella consuetudine stessa ebbe *sino dal suo primo affermarsi, sino dal suo primo nascere.*

Per tali considerazioni si spiega come abbia potuto aversi l'errore comune, potremmo dire l'illusione quasi universale di credere che la forza della consuetudine sia un prodotto della longevità o vetustà di essa. Mentre è vero l'opposto, ossia che tale fenomeno estrinseco, quella diuturnità o vetustà anzi che causa della forza della consuetudine è solo un effetto di essa e per ciò stesso ne costituisce come abbiamo detto or ora il sintomo più sicuro, la prova più incontestabile ed evidente.

Questo fenomeno, che in misura più o meno larga si ha sempre e necessariamente nella vita del diritto dei popoli, si ebbe in modo particolarmente appariscente e perciò universalmente avvertito nel campo di quel *ius ex scripto* nel senso proprio, materiale e romano della parola (e che pur non fu mai legge o diritto scritto nel senso tecnico odierno) che fu il *ius honorarium*. Del quale, in ogni momento della sua evoluzione la parte più cospicua e notevole era costituita da quel *ius tralaticium*, il quale, come già fu osservato anche da CICERONE e come fu sempre comunemente rico-

nosciuto, o era già divenuto od era sulla via di divenire consuetudine. Mentre è del pari certo che tra quel *ius* che non era *tralaticium* in un dato momento ve ne era sempre o quasi sempre una parte destinata a divenirlo, la quale perciò rispetto a quel dato momento era e avrebbe potuto dirsi la consuetudine (DIRITTO LO ERA GIÀ) dell' avvenire.

È pure nostra profonda convinzione che se i romani non teorizzarono in materia di consuetudine e non caddero nell' errore dei loro interpreti di tutti i tempi e di tutti i paesi di stilizzare nel modo da noi deplorato la figura del diritto consuetudinario sino al punto di cadere nell' altro errore, anche oggi quasi universalmente ammesso, di porre la ragione della forza della consuetudine esclusivamente nella vetustà sua, fu appunto perchè essi, come sotto tanti altri riguardi, poterono e seppero vedere nella sua obiettiva realtà, per ragioni in parte da noi già accennate, in modo straordinariamente appariscente, il fenomeno grandioso, complesso della formazione, dirò così, automatica, progressiva e della evoluzione del diritto. Della quale formazione ed evoluzione il vasto campo del diritto consuetudinario nei tre momenti del suo nascere, maturarsi e declinare, rappresenta il lato più naturale più spontaneo e per ciò stesso per l'osservatore più eloquentemente istruttivo.

Ne è riprova a mio credere evidentissima il fatto se non universalmente ignorato, certo troppo spesso dimenticato, che i Romani ebbero esatta e completa visione di quel lato del fenomeno grandioso e complesso della formazione e della vita del diritto, che con espressione moderna si chiama la legge dell' evoluzione (1). Tale evoluzione del diritto essi chiaramente videro sia in rapporto allo spazio (diversità d' ambiente locale), come in rapporto al tempo (diversità di momento o d' ambiente storico).

Di ciò fan fede le famose distinzioni del *ius* in *ius na-*

---

(1) La cui constatazione e applicazione a riguardo di un qualsiasi ordine di fenomeni o di esseri costituisce un progresso scientifico nel senso non già di un' ulteriore spiegazione dei fenomeni studiati, ma di un allargamento del problema in rapporto al tempo ed allo spazio.

turale, gentium (nel senso più comunemente ammesso) e *civile*, specialmente messe in rapporto con quello che diceva GELLIUS noct. Act. XX, 1 § 22: *Non emin profecto ignoras, legum opportunitates et medelas pro temporum moribus et pro rerum publicarum generibus ac pro utilitatum praesentium rationibus mutari atque flecti neque uno statu consistere.*

Mentre ancora assai più significativo in tal senso è il fatto che Giustiniano stesso, ancorchè imperatore cristianissimo e per di più bizantino, mostrò di avere di tale legge di evoluzione del diritto consapevolezza ancor più profonda ed esatta. Imperocchè dopo avere ripetuto in forma che non si potrebbe desiderare più esplicita il concetto sopra espresso da GELLIO, dicendo (c. *Tanta* de confirm. digestor. § 18): *humani iuris condicio semper in infinitum decurrit et nihil est in ea quod stare perpetuo possit,* in altro luogo, in appropriata sede dichiara (§ 11 I. de iure nat. 1, 2): *sed naturalia quidem iura, quae apud omnes gentes peraeque servantur, divina quadam providentia constituta semper firma atque immutabilia permanent: ea vero, quae ipsa sibi quaeque civitas constituit, saepe mutari solent vel tacito consensu populi vel alia postea lege lata.*

Ma non solo i romani ebbero delle fonti del diritto, del modo di formazione di questo e della legge di evoluzione, a cui esso pure obbedisce, un concetto assai più giusto e completo di quello che in conseguenza dei traviamenti che in questo campo si ebbero per l' influenza, al vero progresso del diritto mai benefica, dei filosofi del diritto si ha e comunemente s' insegna oggidì, ma di quella stessa loro eccellenza in tal campo essi ebbero pure perfetta consapevolezza sino a farne con ragione argomento d' orgoglio, di giustissimo orgoglio nazionale, considerando come loro maggior gloria quella di essere chiamati ad insegnare ed attuare tra gli uomini la giustizia. Tal sentimento traspira in forma fulgida ed eletta nel celebre vaticinio che il gentil poeta mantovano (*Eneidi* l. VI, v. 149) faceva fare da Anchise ad Enea:

Credo equidem, vivos ducent de marmore vultus:
Orabunt causas melius, caelique meatus

Describent radio et surgentia sidera dicent.
TU REGERE IMPERIO POPULOS, ROMANE, MEMENTO;
HAE TIBI ERUNT ARTES; PACISQUE IMPONERE MOREM,
PARCERE SUBIECTIS, ET DEBELLARE SUPERBOS (1).

Vaticinio che fu veramente tale anche per lo stesso VIRGILIO, poichè solo qualche secolo appresso poteva con piena ragione dirsi come il gallico poeta e statista latino RUTILIUS CLAUDIUS NAMATIANUS, nel suo *Itinerarium* (vers. 65, 66):

.... Offers (Roma) victis proprii consortia iuris,
Urbem fecisti quod prius orbis erat.

Genova, Luglio 1904.

---

(1) Già CICERONE *de Orat.* I. 44, con minor modestia, anzi con uno chauvinisme veramente un po' eccessivo aveva detto: « Quantum praestiterint nostri maiores prudentia ceteris gentibus, tum facillime intelligetis, si cum illorum Lycurgo et Dracone et Solone nostras lege conferre volueritis. Incredibile est enim, quam sit omne ius civile, praeter hoc nostrum, inconditum ac paene ridiculum ».